Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

DOCUMENTO **GIUGNO 2016**

PRINCIPI DI REDAZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO *EX* D.LGS. 231/2001

Ricercatori FNC

Roberto De Luca
Annalisa De Vivo

FNC

Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

A cura del
Comitato Tecnico-Scientifico "Linee guida per la redazione e l'attestazione dei modelli organizzativi *ex* D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231"

CONSIGLIERE CNDCEC

Ugo Marco Pollice

COMPONENTI

Giovanni Fabio Aiello
Carlo Arlotta
Marcella Caradonna
Luigi Carunchio
Michele Furlanetto

RICERCATORI

Roberto De Luca
Annalisa De Vivo

INDICE

PRESENTAZIONE

Con questo documento prosegue l'iniziativa editoriale che vede la proficua collaborazione tra il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) e la Fondazione Nazionale dei Commercialisti (FNC).

Si tratta di un progetto finalizzato, tra l'altro, a porre l'attenzione su tematiche spesso sottovalutate dagli operatori del settore come, ad esempio, la pianificazione d'impresa, la redazione dei business plan, il controllo di gestione, ecc. Il tutto a voler rimarcare la necessità di considerare la professione in tutte le sue accezioni, sia di tipo "tradizionale" che "innovativo".

La responsabilità degli enti prevista dal D.Lgs. 231/2001 si colloca senz'altro nel solco delle tematiche sopra accennate.

Il Decreto 231 ha introdotto nell'ordinamento italiano un regime di responsabilità a carico degli enti per la commissione di una serie di reati (specificatamente indicati dal Legislatore) da parte dei soggetti apicali o dei dipendenti, con conseguenze rilevanti anche sugli stessi enti, soggetti a pesanti sanzioni amministrative pecuniarie (anche molto onerose) e addirittura interdittive.

L'ente non risponde, tuttavia, se dimostra di aver rispettato le condizioni poste dalla legge e, in particolare, di aver adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo "idoneo" a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi.

Il presente documento nasce proprio dall'esigenza di offrire una risposta di categoria alle istanze dei molti colleghi che sono impegnati in questa area sia come consulenti, sia come componenti di collegi sindacali e di organismi di vigilanza, sia infine come consulenti tecnici nella valutazione di idoneità dei Modelli 231 in sede giudiziaria.

Pur in assenza di un vero e proprio obbligo normativo, infatti, lo sviluppo di modelli organizzativi sta diventando sempre più una scelta indispensabile per offrire garanzie di trasparenza e affidabilità ai differenti stakeholders nazionali ed internazionali. I commercialisti, per il background che li caratterizza, sono i referenti principali per tutti coloro che, direttamente o indirettamente, si trovano a dover affrontare le molte tematiche che il D.Lgs. 231/2001 ha trattato.

Per tale motivo la costituzione del Comitato tecnico-scientifico che ha redatto questo documento è solo il primo passo di un progetto ben più articolato che prevede anche la creazione di una struttura dedicata alla attestazione della coerenza ai presenti Principi dei modelli introdotti nei differenti enti e, successivamente, la definizione di specifici percorsi formativi per "auditors 231".

Giorgio Sganga
Presidente Fondazione Nazionale dei Commercialisti

PREFAZIONE

A quasi quindici anni dalla sua istituzione, la responsabilità da reato delle imprese *ex* D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (di seguito, anche "Decreto" o "Decreto 231") continua a rappresentare un tema di estrema attualità, attese le numerose modifiche subite dal catalogo degli illeciti che ne determinano l'insorgere, nonché molteplici elementi di prassi che rendono tale impianto normativo sempre più pervasivo e incisivo rispetto alla gestione ordinaria di numerosi soggetti[1]. Né va sottaciuto l'ampliamento del novero dei destinatari della normativa ad opera della giurisprudenza formatasi nel corso del tempo, la quale ha contribuito a colmare alcune lacune o zone d'ombra che la disciplina presentava in tal senso, confermando l'inclusione nel perimetro applicativo del Decreto di enti pubblici economici, società miste a partecipazione pubblica[2], operatori del terzo settore[3], studi professionali[4], ecc.

L'adozione dell'impianto normativo in questione, dunque, ha rappresentato una svolta storica per il nostro ordinamento, all'interno del quale sono state introdotte forme dirette di responsabilità per soggetti collettivi, i quali possono esserne esonerati laddove dimostrino di aver adottato e attuato una serie di meccanismi preventivi rispetto alla commissione dei reati, racchiusi in un apposito Modello organizzativo.

Muovendo dalle considerazioni fin qui espresse, scopo del presente lavoro è offrire un utile strumento operativo attraverso la codificazione dei principi base per lo sviluppo di un Modello organizzativo e di gestione che, in sede giudiziaria, possa essere considerato adeguato alla prevenzione dalla commissione di illeciti.

Si tratta di principi sostanziali che devono essere tenuti sempre in considerazione, sia nel caso specifico del singolo Ente[5], sia nella redazione delle linee guida di sviluppo dei Modelli 231, siano esse generali o elaborate per settori.

Sul punto, varrà ricordare che destinatari del Modello sono tutti i soggetti tenuti ad adeguare le proprie azioni e i propri comportamenti ai principi, agli obiettivi, ai protocolli e alle procedure previste, oltre che agli impegni sanciti dal Codice etico.

In ossequio al dettato normativo, sono infatti tenuti a rispettare, con la massima diligenza, le

[1] Si pensi, *ex multis*, alla Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 emanata dall'ANAC, con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione è intervenuta nell'ambito degli affidamenti di servizi da parte di enti pubblici agli enti del terzo settore e alle cooperative sociali, richiedendo specificamente l'adozione di un modello organizzativo *ex* D.Lgs. 231/2001 da parte di tali soggetti.

[2] Cass. Pen., n. 28699/2010; Cass. Pen., n. 234/2010.

[3] G.I.P. Trib. Milano, 30 marzo 2011.

[4] Cass. Pen., n. 4703/2012.

[5] Nel documento i termini "Ente" e "Società" saranno usati in maniera equivalente.

disposizioni contenute nel Modello:

- gli amministratori e coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'Ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo della Società;
- tutti coloro che intrattengono con la Società un rapporto di lavoro subordinato od occasionale;
- tutti i soggetti che collaborano con la Società, in forza di un rapporto di lavoro parasubordinato (es. prestatori di lavoro temporaneo, interinali, ecc.);
- tutti coloro che, pur non facendo parte della Società, operino o abbiano rapporti con essa (es. clienti, fornitori, partner, ecc.).

L'osservanza del Modello, in definitiva, s'impone non solo a coloro che sono legati alla Società da un rapporto di lavoro dipendente, ma anche ai soggetti che agiscono sotto la direzione o vigilanza dei vertici aziendali dell'Ente. L'individuazione dei Destinatari influisce anche sulle attività di formazione e diffusione del Modello, il cui scopo è anche quello di dare vita ad una vera e propria "cultura 231".

In conclusione, i principi di seguito declinati rispondono appieno all'esigenza di riferimenti univoci ai fini della costruzione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo che possa davvero configurarsi come un efficace strumento di *risk management* e di prevenzione di condotte illecite. Per tale motivo, oltre che sui principi generali, l'analisi si focalizza anche sui contenuti minimi del Modello, sulla metodologia di analisi dei rischi e sugli elementi da approfondire al fine di costruire un sistema al quale possa essere riconosciuta una effettiva validità esimente in sede giudiziale. La codificazione di principi può consentire di modulare il Modello organizzativo in relazione alle specifiche esigenze del singolo Ente, rendendo più agevole la diffusione della "cultura 231" anche e soprattutto fra le piccole e medie imprese, presso le quali ancora oggi la stessa è spesso erroneamente percepita quale foriera di costi e burocrazia eccessivi rispetto ai benefici realmente perseguibili.

Ugo Marco Pollice
Consigliere Nazionale con delega
alla consulenza direzionale
e all'organizzazione aziendale

PARTE PRIMA

1. I PRINCIPI GENERALI DI REDAZIONE DEL MODELLO

Di seguito sono illustrati i principi generali cui ci si dovrebbe ispirare nello sviluppo del Modello organizzativo (di seguito anche "MOG"), al fine di inquadrare al meglio gli obiettivi da perseguire, il perimetro applicativo, l'ampiezza dei controlli e ogni altra sua componente essenziale.

1.1. Specificità

Come rilevato finora, pur disponendo di riferimenti dottrinali, *best practices* e standard internazionali, non è possibile definire una *one-best way* che possa garantire l'idoneità e la conseguente validità esimente dei presidi stabiliti.

Di conseguenza, le attività di analisi e i meccanismi di gestione del rischio meglio approfonditi di seguito dovranno essere elaborati e integrati tra loro secondo un approccio *customizzato*, avendo riguardo alle peculiarità dell'Ente, al sistema di controllo interno già esistente, al settore di riferimento, alle aree e ai processi "sensibili", nonché alla cultura aziendale presente all'interno dell'organizzazione.

Lo stesso dettato letterale (art. 6) prevede che i modelli di organizzazione, gestione e controllo, per essere considerati efficaci, debbano "*prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire*".

Un simile approccio è stato più volte ribadito anche dalla giurisprudenza, che ha evidenziato l'inadeguatezza e l'insufficienza del pedissequo recepimento di Linee Guida o di codici etici generali e astratti[6]. Il requisito in questione, dunque, si estrinseca nella concreta aderenza del Modello alle peculiarità e alle caratteristiche strutturali dell'Ente che l'adotti.

1.2. Idoneità

Tra le caratteristiche essenziali del Modello di organizzazione, gestione e controllo, ovvero quelle peculiarità che gli riconoscono la funzione "esimente", sulla base del tenore letterale del Decreto (artt. 6 e 7) del D.Lgs. 231/2001, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza e la prassi hanno individuato il concetto di idoneità.

In particolare, affinché un Modello risulti adottato in modo idoneo, esso deve focalizzarsi su alcuni elementi fondamentali (oggetto di approfondimento nella Seconda Parte), tra cui:

[6] *Ex multis*, Trib. Milano, 20 settembre 2004.

1. i risultati derivanti da un'analisi dei rischi che sia effettivamente in grado di individuare le attività e i processi operativi dell'Ente nell'ambito dei quali potrebbe verificarsi la commissione degli illeciti rilevanti ai fini della responsabilità introdotta dal D.Lgs. 231/2001;
2. la definizione delle meccanismi preventivi relativi sia alla modalità di svolgimento delle attività, sia al controllo da garantire attraverso l'istituzione di un organismo interno;
3. l'indicazione di obblighi informativi da e verso l'Organismo di Vigilanza (*infra*);
4. l'elaborazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto dei presidi di prevenzione e delle misure organizzative stabilite.

1.3. Efficacia

Mentre il requisito della idoneità attiene alla fase di elaborazione e adozione del Modello, quello dell'efficacia riguarda la sua effettiva attuazione. A tal proposito, sia l'art. 6, co. 1, lett. a), che l'art. 7, co. 2, del Decreto menzionano esplicitamente l'"efficace attuazione" dei Modelli, a rimarcare appunto che tale profilo attiene ad elementi di valutazione concreta dell'efficacia dei presidi preventivi e di controllo posti in essere[7].

Sulla stessa lunghezza d'onda, l'art. 7, co. 4, della norma, ai fini dell'efficacia del Modello, richiede la sussistenza di un duplice requisito: da un lato, una verifica periodica del Modello, che può condurre a eventuale modifiche laddove siano scoperte significative violazioni delle procedure e dei protocolli stabiliti, ovvero quando intervengono mutamenti nella struttura organizzativa e nell'attività operativa (*infra*); dall'altro lato, l'efficacia del sistema disciplinare nel sanzionare il mancato rispetto delle misure organizzative indicate all'interno del MOG.

Per ciò che concerne il principio in esame, invero, è stata spesso la giurisprudenza a stabilire i requisiti di un Modello efficacemente attuato, confermando la necessità di valutare e verificare la coerenza tra i comportamenti aziendali concreti e il Modello predisposto, analizzandone la solidità e la funzionalità nella fase di effettiva realizzazione. Si tratta, in altri termini, di raccogliere e interpretare evidenze a supporto del concreto funzionamento delle contromisure previste dal Modello, che hanno avuto manifestazione concreta nelle modalità e con i risultati che erano attesi, in maniera effettivamente accertabile[8].

[7] Cfr. A. BASSI - T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari,* Giuffrè Editore, Milano, 2006.

[8] In tal senso, V. GENNARO, *Metodologie di valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia dei protocolli di controllo e del rischio-reato residuo*, in La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti, n. 4 - 2011, 8.

1.4. Adeguatezza

Il principio in esame risulta di particolare interesse, poiché è su questo parametro che viene valutata la correttezza del Modello ai fini della definizione della responsabilità amministrativa dell'Ente al verificarsi di un evento.

Il concetto di "adeguatezza", tuttavia, nell'ambito dei modelli organizzativi non ha una valenza assoluta, poiché non esiste, rispetto ad esso, un criterio risolutivo cui rapportarsi.

Ne deriva che questo concetto ha bisogno di essere contestualizzato in relazione alle singole peculiarità degli enti.

In linea generale, un Modello appare adeguato quando dimostra la sua reale capacità di prevenire i comportamenti non voluti.

Il concetto di adeguatezza attiene ad entrambe le fasi dell'adozione e dell'attuazione del Modello. Anche in questo caso, utili indicazioni provengono dalla giurisprudenza, la quale ha individuato alcune prerogative che lo stesso deve rispettare per essere ritenuto "adeguato", ovvero:

- *compliance* ai dettami del D.Lgs. 231/2001: il Modello deve rispondere, in particolare, alle seguenti esigenze (*infra*):
  - individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
  - previsione di specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni della società in relazione ai reati da prevenire;
  - individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
  - nomina di un Organismo di Vigilanza composto da soggetti che posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e di consulenza, nonché dotati di adeguati requisiti di onorabilità;
  - definizione di un costante ed efficace flusso informativo a favore dell'Organismo di Vigilanza, avente ad oggetto notizie rilevanti e relative alla vita dell'Ente, alle violazioni del Modello, alla consumazione di reati;
  - introduzione di un sistema disciplinare che punisca chi violi le regole, i principi e le procedure del Modello e preveda l'effettuazione di controlli a sorpresa nell'ambito delle attività sensibili;
- conformità alle *best practices* in uso (Linee Guida di settore emanate da soggetti qualificati, prassi e più recente giurisprudenza);
- rinvio al Codice Etico indicato quale parte integrante del Modello stesso;

- rispetto del principio di comprensibilità del documento: in particolare, è opportuna un'esplicita illustrazione, per ogni macro categoria di reato, delle singole fattispecie illecite realizzabili, delle possibili condotte illecite configurabili, delle aree aziendali coinvolte, dei presidi adottati dalla società, dei flussi informativi periodici previsti verso l'OdV;
- espressa indicazione nel Modello delle fattispecie illecite rispetto alle quali l'esposizione della società è risultata trascurabile;
- opportuno mix tra presidi esplicitati nel Modello e rinvio all'impianto documentale esistente, al fine di garantire un idoneo livello di dettaglio nell'illustrazione delle cautele adottate dalla Società al fine di prevenire il potenziale rischio di commissione dei reati presupposto;
- adeguatezza, con riferimento ai reati previsti nel Modello, dei controlli di linea (insiti nelle procedure operative) e di secondo (*compliance*, *risk management*, antiriciclaggio, ove applicabile) e terzo livello (internal Audit o Revisione Interna) previsti dal Modello e dalle procedure cui lo stesso rinvia;
- coerenza del Modello con i contenuti del sistema documentale adottato dall'Ente;
- adeguamento dei contenuti del Modello alla specifica realtà operativa di riferimento e conseguente applicabilità delle prescrizioni in esso formalizzate;
- coordinamento e integrazione del Modello con gli altri sistemi di gestione e controllo aziendale (*infra*).

Secondo alcuni Autori, rispetto al concetto di idoneità, quello di adeguatezza è più "circoscritto": da un punto di vista economico e giuridico, si configura come un elemento probabilistico che richiede il passaggio da una logica di tipo deterministico a modelli di ragionevole minimizzazione dei rischi, dal momento che nessun sistema di controllo è in grado di eliminarli completamente[9] (*infra*).

Di conseguenza, come meglio specificato di seguito, nella costruzione dei presidi di controllo, si dovrà ricercare la massima efficienza perseguendo l'equilibrio ottimale tra intensità dei controlli e la necessaria flessibilità e snellezza operativa che l'Ente dovrà comunque conservare.

1.5. Efficienza e flessibilità

Il sistema realizzato deve rispondere anche ad un principio di efficienza inteso come una congruenza fra le caratteristiche dell'Ente e la complessità del Modello.

[9] Cfr. G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti, n. 3 - 2007.

Appare, infatti, elemento non incentivante alla diffusione dell'utilizzo di questa metodologia la tendenza di alcune linee guida di prevedere obblighi e procedure eccessivamente onerose (anche in termini di costi) rispetto alle dimensioni e alle esigenze del singolo Ente. Nella predisposizione del sistema, quindi, il principio dell'efficacia sottende la strategia principale da seguire, ma quello dell'efficienza ne sottolinea la sostenibilità in termini economici, finanziari e organizzativi.

Come meglio specificato di seguito, qualsiasi Ente è in costante divenire e per tale motivo non appare possibile lo sviluppo di un sistema statico ed anelastico: il principio di flessibilità, quindi, costituisce un punto di riferimento da osservare quanto più possibile nello sviluppo del sistema.

Il Modello, in altre parole, deve essere strutturato in modo da adattarsi con il minor impatto possibile alle diverse esigenze che, nel corso dell'attività dell'Ente stesso, possono sorgere. Un sistema rigido, infatti, costituisce un fattore di rischio per l'Ente che lo utilizza e non consente di cogliere appieno le opportunità e i vantaggi connessi all'adozione del Modello.

1.6. Attuabilità e condivisione

Le misure preventive da porre in essere dovranno fare riferimento, come si vedrà nella Parte Seconda, a una specifica nozione di rischio accettabile, rispetto alla quale i presidi dovranno essere costruiti. I protocolli e le procedure organizzative, dunque, devono essere effettivamente e concretamente attuabili in riferimento alla struttura dell'Ente e ai suoi processi operativi.

Redigere un Modello che non riesca ad essere messo in atto per l'eccessiva complessità che lo caratterizza lo svuota di contenuto e ne inficia la possibile validità esimente. Il MOG deve essere redatto in modo che la sua attuazione sia realizzabile in tutte le sue fasi ed in tutti i suoi aspetti, e per tale motivo esso deve essere costruito in modo condiviso dai diversi destinatari.

La sua redazione, quindi, non può che essere il risultato di un processo che vede partecipi fin dalle prime mosse tutti coloro che saranno coinvolti a vario titolo nelle procedure e nei protocolli definiti. Tale principio di condivisione è alla base per lo sviluppo di un Modello che persegua effettivamente le finalità per le quali è redatto. Di conseguenza, ai diversi interlocutori devono essere fornite tutte le informazioni ritenute significative e rilevanti in relazione al ruolo specifico che essi ricoprono. Sono significative le informazioni che, direttamente o indirettamente, sono connesse al processo decisionale degli utilizzatori. L'informazione è, in altre parole, qualitativamente significativa quando è in grado di influenzare le decisioni degli

utilizzatori aiutandoli a valutare gli eventi passati, presenti o futuri, oppure confermando o correggendo valutazioni da loro effettuate precedentemente.

Appare evidente che, nell'implementazione del sistema di organizzazione, gestione e controllo, si possa incorrere in errori o eccessive semplificazioni. Essi, però, devono trovare un limite nel principio di rilevanza ai fini del contenimento del rischio. Essi, cioè, non devono avere un effetto tale da rendere non più accettabili i livelli di rischiosità che si verifichi un reato di cui alla normativa in oggetto. L'effetto deve essere, inoltre, valutato non solo per il singolo rischio, ma anche ai fini dei più generali equilibri organizzativi, finanziari ed economici dell'Ente. L'informazione è rilevante se la sua omissione o errata presentazione può influenzare le decisioni degli utilizzatori prese sulla base del Modello.

In quest'ottica diventa di assoluto rilievo la programmazione di percorsi informativi e formativi idonei a consentire il rispetto del principio di condivisione.

1.7. Dinamicità e validità temporale

Come tutti i sistemi di controllo interno e gli ordinari strumenti di *risk management*, anche il Modello 231 deve essere oggetto di un'attività di verifica e aggiornamento continui.

Tale processo si concretizza in un'analisi periodica e/o continuativa dell'efficacia e dell'efficienza del disegno dei controlli interni e dell'effettiva operatività degli stessi, al fine di accertare che operino secondo gli obiettivi prefissati e che siano adeguati rispetto a eventuali cambiamenti della realtà operativa.

Ne consegue che qualsiasi variazione nella struttura dell'Ente, sia essa derivante da mutamenti endogeni o esogeni ad esso, deve trovare tempestivo riscontro in un adeguamento del sistema stesso alle differenti condizioni sopravvenute. Nel Modello, quindi, devono essere predisposti strumenti efficienti di rilevazione e monitoraggio di quelle variazioni che possono essere causa del sorgere o del mutare di un rischio del verificarsi di reati nell'ambito delle aree oggetto di analisi.

Il Modello e tutta la documentazione ad esso attinente devono quindi essere costantemente contestualizzati ed avere in sé tutti gli strumenti che consentano di ottenere tale risultato. Un simile approccio, come confermato dalla giurisprudenza, impone attenzione al requisito della dinamicità e validità temporale del Modello (in quanto l'attività di controllo è "parallela all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti"[10]).

[10] Cfr. Trib. Bari, ordinanza 18 aprile 2005.

1.8. Unità

Il Modello organizzativo non deve essere sviluppato solo in relazione a singole aree organizzative o in maniera parziale, essendo necessario procedere a una valutazione dei rischi e dei processi sensibili che abbracci l'intera organizzazione.

Nello sviluppo del sistema di prevenzione, infatti, assume rilevanza l'Ente visto nel suo insieme, nella consapevolezza che, pur nell'analisi particolare delle singole aree di rischio, è necessario che l'organizzazione nella sua interezza sia coinvolta, al fine della creazione di una cultura fondata su valori condivisi, che trovano, poi, formalizzazione nel codice etico (documento richiesto non solo sotto il profilo formale, ma anche di assoluta valenza sotto il profilo sostanziale).

La diffusione in tutto l'Ente dei principi stabiliti nel Modello, anche e soprattutto attraverso l'esempio degli organi direttivi, garantisce l'attenzione al rispetto delle regole da parte di tutti coloro che lavorano per e con l'Ente stesso.

1.9. Comprensibilità

Il Modello non può e non deve essere una teorica esposizione di procedure tecnico-giuridiche da esibire come prova di tutela nell'ipotesi che si sia verificato un reato: l'elaborato e tutta la documentazione ad esso di supporto devono essere comprensibili e fornire una visione trasparente delle problematiche rilevate nell'attività dell'Ente e di come esse sono state affrontate.

Tutte le procedure delineate devono essere espresse in modo chiaro e redatte con un linguaggio idoneo ad essere compreso da coloro che poi le dovranno applicare.

Le modalità di redazione e predisposizione, anche sotto il profilo grafico, devono rendere il Modello facilmente verificabile anche da soggetti esterni che, a qualsiasi titolo, potrebbero essere chiamati verificarne la coerenza fra quanto dichiarato e quanto effettivamente attuato nell'Ente.

1.10. Prudenza

Il principio di prudenza deve concretizzarsi nella redazione del sistema organizzativo attraverso metodi idonei a rilevare i rischi senza sottovalutarne l'effettiva portata.

Per tale motivo, nella mappatura dei punti critici del sistema di controllo interno, occorre porre estrema attenzione a utilizzare metodologie che siano in grado di rilevare tutti i contesti e le situazioni che potenzialmente possano consentire il verificarsi dei reati per i quali si è

predisposto il sistema di tutela. Il principio della prudenza, così definito, rappresenta uno degli elementi fondamentali del processo di predisposizione delle procedure e della documentazione a supporto di esse e deve anche essere uno dei focus nell'ambito dei percorsi formativi.

1.11. Coerenza

L'elaborazione del Modello deve mostrare una coerenza di fondo fra i principi del Codice Etico, i comportamenti di coloro che operano nell'Ente, i presidi organizzativi e la documentazione predisposta.

Occorre, in altre parole, assicurare un nesso logico e conseguente fra la programmazione, la previsione, gli atti di gestione previsti nel sistema e la documentazione generale e specifica, affinché siano strumentali al perseguimento dei valori indicati nel codice etico e degli obiettivi esposti nel Modello stesso. La coerenza interna implica:

- in sede preventiva, che gli strumenti, le procedure e tutto quanto previsto a livello organizzativo finanziario ed economico siano in linea e conseguenti alla pianificazione ed alle strategie dell'Ente;
- in sede di gestione, che le decisioni e gli atti non siano in contrasto con gli indirizzi e gli obiettivi indicati nel Modello e non pregiudichino il controllo e il contenimento dei rischi nei livelli considerati accettabili;
- in sede di verifica, che sia rilevato e motivato (al fine di identificare eventuali correttivi) lo scostamento fra risultati ottenuti e quelli attesi.

1.12. Comparabilità e verificabilità

Gli utilizzatori delle informazioni derivanti dall'applicazione del Modello devono essere in grado di comparare nel tempo le informazioni analitiche e sintetiche di singole o complessive procedure al fine di identificarne gli andamenti tendenziali. Gli utilizzatori, inoltre, devono poter comparare le informazioni di rischiosità anche tra enti diversi, appartenenti allo stesso settore, al fine di valutarne le diverse potenzialità gestionali, gli orientamenti strategici e le qualità di una gestione volta al contenimento di fenomeni patologici.

Un'importante implicazione della caratteristica qualitativa della comparabilità è che gli utilizzatori siano informati dei principi che hanno condotto alla redazione del Modello e che interventi successivi (anche da soggetti differenti da chi ha sviluppato in fase iniziale il sistema) possano essere realizzati senza dover stravolgere completamente il Modello stesso.

Il requisito di comparabilità non deve essere, tuttavia, di ostacolo laddove le mutate condizioni

dell'Ente richiedano l'introduzione di parametri e correttivi differenti. A tal fine, è necessario che nella documentazione predisposta a supporto del Modello la forma di presentazione sia costante, cioè la modalità di esposizione delle voci sia uguale o almeno comparabile e i mutamenti strutturali nell'organizzazione e gli eventi di natura straordinaria siano chiaramente evidenziati.

Perché il Modello sia attendibile è necessario che tutte le informazioni e i dati in esso contenuti siano verificabili. A tale scopo, è di assoluto rilievo che tutta la documentazione probatoria venga conservata (principio della *verificabilità*) nelle forme più idonee al fine di attestare, anche sotto il profilo temporale, la corretta e tempestiva redazione dell'elaborato. La verificabilità delle informazioni e dei dati non riguarda solo la gestione corrente, ma anche tutte le valutazioni e gli obiettivi che hanno condotto a realizzare il Modello in un determinato modo.

1.13. Effettività dell'attività di vigilanza

Ai fini della validità esimente del Modello, il Legislatore attribuisce una importanza fondamentale all'attività di controllo che deve essere esercitata per verificare che lo stesso sia effettivamente rispondente ai dettami normativi. Di qui l'introduzione dell'obbligo, nello sviluppo del sistema, di nominare un Organismo di Vigilanza (OdV) che svolga specificatamente tale funzione.

Molto è stato scritto sulla composizione, le caratteristiche e i poteri dell'OdV e anche nella seconda parte del presente lavoro questo tema è oggetto di approfondimento. Per quanto attiene ai principi, si è voluto riunire l'insieme degli aspetti che ineriscono alla vigilanza in un unico concetto, quello di "effettività". In altre parole il Modello, per essere idoneo alle esigenze per cui è sviluppato, deve prevedere anche con riferimento all'OdV un insieme di regole tali da consentire (e dimostrare) che il controllo richiesto dalla norma sia realizzabile e concretamente effettuato.

1.14. Neutralità o imparzialità

La predisposizione del Modello è il frutto di un processo organizzativo condiviso con tutta la struttura e in particolare con il Management che è al vertice dell'organigramma e che determina le strategie dell'Ente. Pur con queste premesse è opportuno che al gruppo di lavoro, al quale è affidato il compito di sviluppare il MOG, sia riconosciuto un adeguato grado di indipendenza affinché possa rilevare, senza pressioni interne, possibili aree di rischio nelle

quali intervenire. Tale caratteristica, infatti, consente di effettuare al meglio, ad esempio, le attività di *risk analysis* e di valutazione del sistema di controllo interno esistente (*infra*).

La neutralità o imparzialità deve essere presente in tutto il procedimento formativo del Modello: pur in presenza di inevitabili profili soggettivi e discrezionali di valutazione, le attività di redazione del Modello non possono far venir meno l'imparzialità, la ragionevolezza e la verificabilità. Solo in tal modo il risultato dell'attività del gruppo di lavoro risponderà in concreto all'esigenza di attendibilità, presupposto fondamentale ai fini della tutela anche giuridica dell'Ente.

1.15. Prevalenza della sostanza sulla forma

Se obiettivo del Modello è creare le condizioni perché sia contenuto il rischio del verificarsi di specifici reati, appare evidente che l'attenzione del Gruppo di lavoro deve essere posta in primo luogo sugli aspetti sostanziali del Modello, lasciando ai requisiti formali una funzione probatoria dell'efficacia del Modello stesso.

Con tale principio, lungi dal voler sottovalutare l'importanza della corretta predisposizione della documentazione ai fini di una efficace tutela in relazione alla responsabilità amministrativa dell'Ente, si desidera sottolineare come la forma debba essere la logica conseguenza di una politica reale di contenimento del rischio e non, come si è verificato in alcuni casi, un insieme di carte che non trovano poi nella cultura dell'Ente alcuna reale corrispondenza.

Nelle procedure l'attenzione deve essere focalizzata sul perseguimento degli obiettivi per cui il sistema viene introdotto e sviluppato, e questo aspetto deve costituire il focus primario su cui il *team* deve lavorare. Solo una forma che sia il riflesso di una reale sostanza può consentire le tutele che la norma attribuisce a chi correttamente la interpreta.

PARTE SECONDA

PREMESSA

I principi delineati nella Parte Prima necessitano di essere concretamente attuati, secondo le modalità stabilite di volta in volta dagli operatori con riferimento alle specifiche caratteristiche dell'Ente. A tal fine, si è ritenuto di realizzare i seguenti focus su alcuni aspetti considerati strategici anche in relazione all'efficacia esimente del Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Attesa la complessa impalcatura del D.Lgs. 231/2001, che associa elementi di carattere eminentemente giuridico-penale ad altri di natura aziendalistica, l'implementazione del Modello richiede giocoforza il concorso di competenze ampie ed eterogenee. Da qui l'opportunità (*rectius*: necessità) che le relative attività vengano svolte da un *team* di lavoro, in quanto tale soluzione consente di armonizzare al meglio le competenze specifiche di ciascun componente e, conseguentemente, di massimizzare il risultato in termini di maggiore garanzia di tenuta e di efficacia del Modello.

La scelta non può essere casuale o basata solo su aspetti meramente tecnici. Come è facilmente intuibile, il corretto sviluppo di un "Sistema 231" richiede in primo luogo una definizione ed evidenziazione dei valori etici aziendali: ne consegue che il *team* di lavoro deve essere consapevole anche della rilevanza di tali tematiche.

La prassi consolidatasi in questi anni rivela come la composizione ottimale del *team 231* preveda l'apporto misto di consulenti esterni e di personale interno; in relazione a quest'ultimo, normalmente viene individuato un responsabile *ad hoc* per svolgere funzioni di raccordo tra il *team* e l'Ente nel quale l'attività di *compliance* viene svolta. Il *team* deve logicamente essere coordinato da uno dei suoi componenti: sul punto, giova ribadire che il commercialista, grazie alle sue conoscenze aziendalistiche, organizzative e giuridiche possiede gli *skills* ottimali per ricoprire un ruolo di riferimento.

1. LA COSTRUZIONE DEL MODELLO: ELEMENTI OPERATIVI E METODOLOGIA

La costruzione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo che possa essere considerato idoneo rappresenta un procedimento complesso, che richiede lo svolgimento di diverse attività, le quali si fondano sui principi in precedenza elaborati. Pur non essendo possibile scinderle e ordinarle cronologicamente, di seguito si dà evidenza delle fasi e delle attività principali di supporto all'elaborazione del Modello.

Lo svolgimento di alcune delle attività in questione si fonda in maniera consistente su principi più generali di *corporate governance* e *risk management*, da adottare in una specifica "ottica 231", così che tutte le operazioni siano finalizzate e impostate in base ai criteri del Decreto e alle esigenze di tutela dell'Ente: soprattutto per ciò che concerne l'analisi dei rischi, essa deve essere reinterpretata traslando la prospettiva di analisi dai pericoli inerenti alla mera efficacia ed efficienza delle *operations* alla possibilità di commissione di uno dei reati contenuti nel catalogo definito dalla norma.

1.1. Il "check up aziendale"

Ai fini dell'implementazione del Modello organizzativo *ex* D.Lgs. 231/2001, risulta imprescindibile effettuare, in via preliminare, un'attività di *check up* aziendale che consenta di pervenire ad un buon grado di conoscenza generale dell'Ente, allo scopo di individuare gli aspetti che saranno oggetto di approfondimento e di specifico esame nelle fasi successive. In particolare l'analisi in questione, volta all'acquisizione della documentazione necessaria, nonché ad una prima individuazione di attività sensibili e dei fattori di rischio, dovrebbe riguardare i seguenti elementi:

- dimensione e complessità (fatturato, numero dipendenti, area geografica di attività, ecc.);
- tipo di attività svolta e interlocutori (rapporti con soggetti pubblici, movimenti in contanti, rischi per salute e sicurezza sul lavoro, ecc.);
- appartenenza ad un gruppo nazionale o internazionale;
- struttura organizzativa;
- pre-esistenza di un'etica aziendale e di principi codificati;
- suddivisione del potere di gestione;
- ambiente di lavoro.

Al fine di recuperare tali informazioni, all'Ente oggetto di analisi dovrebbe essere richiesta la seguente **documentazione**:

a) *atto costitutivo* e *statuto*, al fine di identificare l'attività sociale e i poteri dei diversi organismi dell'Ente;
b) *organigramma aziendale* e *mansionario*;
c) *ultimi due bilanci di esercizio approvati* (o documenti equivalenti), al fine di verificare i principali parametri connessi alla dimensione dell'Ente;
d) *Codice Etico* e/o *Codice di Autodisciplina* (se esistenti), per verificare se, ancor prima dell'adozione del Modello, siano presenti principi etici su cui costruirlo;

e) *documentazione sul gruppo di riferimento* (ove necessaria);
f) eventuali *procure* conferite a soggetti esterni all'organo amministrativo;
g) *matrice delle deleghe e delle responsabilità*;
h) principali *contratti* conclusi con i più importanti clienti e fornitori, soprattutto si si tratta di soggetti pubblici;
i) *documento relativo alla valutazione dei rischi* e alla prevenzione in materia di sicurezza dei lavoratori (D.Lgs. 81/2008) ed ogni altra documentazione a supporto della conformità dell'ambiente di lavoro alle norme in materia;
j) attestazioni relative ad eventuali *certificazioni* (es. di qualità, ambientale, ecc.) e relativi *manuali delle procedure*;
k) documento programmatico sulla sicurezza dei dati (*Codice della Privacy*).

Oltre alla raccolta e allo studio di documenti, il team di lavoro può reperire importanti informazioni anche e soprattutto attraverso la somministrazione di questionari e interviste alle figure più rilevanti, al fine di valutare profili relativi alla cultura aziendale diffusa, alla struttura organizzativa in essere, al grado di consapevolezza nell'ambito delle attività di *risk management*, al livello di separazione dei poteri, ecc.

Tutta la documentazione (compresi i questionari) andrebbe appositamente archiviata come documentazione a supporto della redazione del Modello, conservata ed eventualmente esibita qualora venga richiesto dagli organi competenti nell'ambito di un procedimento a carico dell'Ente ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

1.2. Valutazione del sistema di controllo interno e *risk assessment* in ottica 231

In seguito all'attività generale di check-up aziendale, è opportuno proseguire nel percorso di elaborazione del Modello con l'analisi dei meccanismi di controllo e prevenzione già esistenti all'interno dell'Ente. In tale ambito, è opportuno richiamare le migliori pratiche e le più significative esperienze internazionali, tra cui il *CoSO Report*[11], uno dei principali riferimenti relativi alla valutazione dell'efficacia dei sistemi posti in essere da imprese private ed enti pubblici, nonché per qualunque tipo di riflessione in materia di Sistema di Controllo Interno (SCI).

La definizione di controllo interno proposta da tale *framework* ne evidenzia le caratteristiche

[11] Nei primi anni Novanta, alcune delle più prestigiose associazioni professionali americane istituirono una commissione di studio, denominata *Committee of Sponsoring Organizations (CoSO)* con lo scopo di elaborare un modello di riferimento per l'implementazione dei sistemi di controllo interno.

principali individuandole sinteticamente nel concetto di processo, che deve essere interpretato come un complesso di azioni e funzioni che insieme tendono al raggiungimento di determinati fini e risultati, attraverso la combinazione di diverse componenti:

1. ambiente di controllo (*control environment*);
2. valutazione del rischio (*risk assessment*);
3. attività di controllo (*control activities*);
4. informazione e comunicazione (*information & communication*) ;
5. monitoraggio continuo (*monitoring*).

Attesa la peculiare disciplina del D.Lgs. 231/2001, l'analisi del sistema di controllo interno già esistente va integrata e modificata per renderlo conforme al dettato normativo[12] (*infra*). In tal senso, l'analisi di ciascuna componente del SCI risulta indispensabile per comprendere al meglio il modello di business aziendale, per individuare le aree a rischio reato e prevedere gli specifici protocolli diretti a prevenire la commissione dei reati stessi.

Valutare il sistema di controllo interno aziendale in "ottica 231", quindi, significa analizzarne le caratteristiche non solo alla luce dei principali *framework* proposti dalle teorie generali di *risk management*, ma anche e soprattutto in relazione ai reati contenuti nel catalogo normativo e ai presupposti oggettivi che possono dare luogo alla configurazione della responsabilità per l'impresa.

Un approccio simile, "231 *oriented*", va adottato anche in relazione all'attività di valutazione dei rischi a cui l'Ente è esposto, la quale non può prescindere, in ogni caso dall'identificazione di:

- attività e processi in cui si estrinseca l'ordinaria gestione aziendale;
- fattori di rischio cui l'impresa può essere esposta nell'ambito dello svolgimento delle proprie *operations*.

Una simile analisi identifica il rischio relativo ai reati cui sono soggette le aree più "sensibili"e consente di riconoscerne le modalità di commissione, rilevando casi concreti che, nell'ambito della gestione ordinaria della società, possono dare luogo ai medesimi.

Si tratta, in altri termini, di una procedura di *matching* tra le diverse aree aziendali, i processi e le attività operative da un lato e i reati presupposto dall'altro.

Ciò consente di individuare, tra tutti gli illeciti potenzialmente configurabili, quelli che, in base all'attività e alla struttura dell'Ente, possono essere effettivamente posti in essere. Un Modello che preveda una procedura di *risk assessment* e protocolli di difesa rispetto a illeciti

[12] Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex D.Lgs. 231/2001. Gli ambiti di intervento del commercialista*, settembre 2012, p. 15.

assolutamente lontani dalla realtà aziendale analizzata non è sintomo di zelo e accortezza, bensì, al contrario, di superficialità e scarsa *customizzazione*. Oltre all'individuazione dei pericoli cui l'Ente è esposto, il processo di *risk assessment* impone anche una valutazione dei rischi stessi. Primi elementi da analizzare per ottenere indicazioni di massima in relazione al profilo di "rischio 231" dell'organizzazione possono essere riferiti alla presenza di:

- procedure formalizzate per la gestione delle risorse finanziarie;
- deleghe specifiche formalizzate;
- procedure formalizzate per la redazione dei contratti;
- procedure formalizzate per il controllo e l'archiviazione dei documenti;
- eventuali avvenimenti passati in cui si sono già verificati casi di reati o comunque eventi critici.

Gli elementi raccolti supportano l'attività di *risk assessment* che, ai fini del Decreto 231, si estrinseca nell'analizzare la probabilità che l'evento o il comportamento che si cerca di evitare possano verificarsi all'interno dell'Ente/organizzazione, con specifico riferimento alle modalità di commissione dei reati presupposto. Nel novero dei rischi a cui un'organizzazione può essere soggetta, si può definire il rischio reato come una *species* nel *genus* dei rischi generali che possono influenzare la vita dell'Ente. Giova sottolineare come il team di lavoro non debba sottovalutare un aspetto fondamentale stabilito dalla normativa, la quale sanziona solo i comportamenti illeciti posti in essere nell'interesse o a vantaggio dell'Ente.

Il rischio può essere scomposto in quattro componenti fondamentali:

- il potenziale pericolo che l'evento patologico possa effettivamente verificarsi;
- la probabilità di tale evenienza;
- le conseguenze e l'impatto dell'evento[13];
- l'esposizione al rischio, rappresentata dall'interrelazione tra la probabilità che il rischio si concretizzi e il suo impatto potenziale sull'Ente.

1.3. La *gap analysis* e la nozione di rischio accettabile

La determinazione dell'esposizione di uno specifico fattore di rischio può essere effettuata facendo ricorso a matrici come quella di seguito rappresentata (Tabella 1).

[13] In ambito 231, per definire l'impatto connesso alla commissione di un reato, tra i fattori principali da tenere in considerazione rientrano certamente le sanzioni potenzialmente comminabili ai danni dell'ente, sia di tipo pecuniario che interdittivo.

Tabella 1 - La matrice per la determinazione dell'esposizione[14]

Probabilità								
	Molto alta	**0,45**	0,00	2,25	4,50	9,00	18,00	36,00
	Alta	**0,35**	0,00	1,75	3,50	7,00	14,00	28,00
	Media	**0,25**	0,00	1,25	2,50	5,00	10,00	20,00
	Bassa	**0,15**	0,00	0,75	1,50	3,00	6,00	12,00
	Molto bassa	**0,05**	0,00	0,25	0,50	1,00	2,00	4,00
	Nulla	**0,00**	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
			0	**5**	**10**	**20**	**40**	**80**
			Nullo	Molto basso	Basso	Medio	Alto	Molto alto
			Impatto					

Esposizione bassa

Esposizione media

Esposizione elevate

Linea di tolleranza del rischio

La valutazione della situazione dei controlli attuale (*as-is*) deve essere confrontata con il livello auspicabile e ritenuto ottimale di efficacia ed efficienza di protocolli e standard di controllo (*to-be*). Nel caso in cui si riscontri una discrepanza tra questi due aspetti (*gap*), è opportuno analizzare tale difformità e procedere all'effettuazione delle opportune azioni di contrasto al rischio a cui l'Ente è inevitabilmente esposto nella circostanza in cui i presidi esistenti non svolgano la propria funzione preventiva in maniera ottimale. Poiché, come già accennato precedentemente, la maggior parte delle organizzazioni già dispone di un sistema di procedure interne, la *gap analysis* e le attività conseguenti si estrinsecano nell'adeguamento di tali procedure alla prevenzione delle fattispecie di rischio individuate.

Nella definizione o miglioramento delle procedure è opportuno far riferimento ad un concetto già in precedenza richiamato in relazione alle generiche attività di valutazione del rischio, vale a dire quello di *risk appetite*. Dal punto di vista teorico generale, definire tale parametro non è operazione ardua: il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi "costano" più

[14] Cfr. A. DE VIVO, C. DE LUCA, R. DE LUCA, "Il professionista e il D.Lgs. 231/2001. Il modello esimente tra strumenti operativi e corporate governance", Ipsoa, 2012.

della risorsa da proteggere. Nell'ambito del Decreto 231, invece, la mera logica aziendalistica ed economica di analisi dei costi non può essere l'unico parametro di riferimento.

In altri termini, poiché ogni attività di controllo e monitoraggio presenta dei costi, come quelli appena evidenziati, sarà necessario, attraverso la valutazione del rischio, comparare detti costi con gli oneri conseguenti alla commissione del reato (sanzione pecuniaria, interdittiva, pubblicità negativa, ecc.) per far discendere da tale confronto la scelta se effettuare o meno le verifiche in questione. Pertanto, il team deve orientare e guidare il management nella definizione di una soglia di accettabilità che consenta di porre un limite al numero e all'intensità dei meccanismi preventivi delle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati considerati, che altrimenti sarebbero virtualmente infiniti. In ottica 231, tale soglia è rappresentata dalla capacità di strutturare un insieme di protocolli e meccanismi di controllo tali da poter essere elusi solo fraudolentemente. Tale concetto è altresì una naturale conseguenza del dato letterale del Decreto, che, come condizione esimente dalla responsabilità dell'Ente, cita la fattispecie in cui "*le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione*" (art. 6, co. 1, lett. c).

Nella definizione del *trade-off* ottimale sarà opportuno fare riferimento ai principi di efficienza, attuabilità e congruità esplicitati nella prima parte del presente lavoro.

1.4. L'adeguamento del sistema di controllo

La determinazione della soglia di tolleranza al rischio, dunque, si configura come un'operazione fondamentale ai fini dell'implementazione del Modello e delle azioni di *risk response* da mettere in campo: solo se il livello di rischio verificato è considerato superiore a quello accettabile, sarà necessario intervenire attraverso operazioni di *risk reduction/risk mitigation* che, nel caso di specie, si estrinsecheranno prevalentemente nella realizzazione di appositi protocolli e meccanismi di controllo.

Il sistema dei controlli che l'Ente intende adottare costituisce la parte concreta e visibile del Modello organizzativo e quella che interviene in maniera più incisiva sulle pratiche operative e sulle *routine* della Società, in alcuni casi modificandole radicalmente, attraverso la costruzione di una serie di protocolli e procedure atte a prevenire la commissione degli illeciti previsti dalla normativa.

2. LE PROCEDURE E I MECCANISMI DI PREVENZIONE: PRINCIPI SPECIFICI DI REDAZIONE E COMPONENTI

In base a quanto finora esplicitato, ai fini della redazione del Modello sarà necessario quantomeno aggiornare e orientere i presidi esistenti in "ottica 231", ovvero modificarli e renderli più coerenti rispetto alla soglia di rischio accettabile e al rischio residuo determinato nelle fasi di valutazione dello stato attuale dei controlli (*as is analysis*).

2.1. Integrazione tra Modello 231 e altri sistemi aziendali di gestione e controllo

Come in precedenza analizzato, la fase di *check up* aziendale consente anche di verificare quali siano i sistemi aziendali di gestione e controllo, le certificazioni già esistenti e di valutarne l'effettivo funzionamento. L'importanza di una simile attività è cresciuta nel corso del tempo, atteso che il richiamato ampliamento del catalogo dei reati ha portato all'inclusione nel perimetro applicativo della norma di illeciti relativi a salute e sicurezza sul lavoro e dei reati ambientali.

Nel momento in cui dovessero già essere presenti principi di prevenzione e procedure formalizzate, infatti, sarà necessario integrarli con i protocolli da realizzare e attuare in ottica 231. A tale proposito, giova sottolineare come, in ogni caso, l'implementazione di un sistema certificato di misure organizzative e preventive sia già segno di un orientamento dell'Ente alla cultura del rispetto delle regole, che sicuramente può rappresentare un importante fattore per la costruzione di modelli tesi alla prevenzione di reati-presupposto.

Ad ogni modo, si ribadisce che i sistemi di gestione e controllo già presenti, con relative certificazioni, non possono configurarsi in alcun modo come strumenti sostitutivi *tout court* del Modello 231 ai fini dell'esonero dalla responsabilità ivi prevista. Si pensi, ad esempio, al tema relativo agli adempimenti previsti dal D.Lgs. 81/2008 in relazione a salute e sicurezza sul lavoro, riguardo al quale è stato da più parti evidenziato come i documenti di valutazione dei rischi redatti ai sensi degli artt. 26 (DUVRI) e 28 (DVR):

- non sono equiparabili al Modello organizzativo e gestionale di cui al D.Lgs. 231/2001;
- non assicurano l'efficacia esimente di cui agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001[15].

La giurisprudenza[16] ha evidenziato come il Modello organizzativo introdotto dal D.Lgs. 231/2001 rappresenti in realtà un sistema di organizzazione e controllo diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla normativa antinfortunistica, al fine di poter eccepire la validità

[15] Circolare del Comando Generale della Guardia di Finanza n. 83607/2012.
[16] Trib. Trani, 26 ottobre 2009, dep. 11 gennaio 2010.

della clausola esimente e non incorrere, conseguentemente, nella responsabilità amministrativa: "i documenti di valutazione dei rischi redatti [...] ai sensi degli artt. 26 e 28 del D.Lgs. 81/2008 non potrebbero in ogni caso assumere valenza nella direzione dell'art. 6 […]. Non a caso, mentre i documenti presentati dalla difesa sono stati redatti a mente degli artt. 26 e 28 del T.U.S., il modello di organizzazione e gestione del D.Lgs. 231/2001 è contemplato dall'art. 30 del D.Lgs. 81/2008, segnando così una distinzione non solo nominale ma anche funzionale. Tale ultimo riferimento riprende l'articolazione offerta dal D.Lgs. 231/2001 e ne pone in evidenza anche i seguenti aspetti cruciali, che differenziano il modello da un mero documento di valutazione di rischi:

1) la necessaria vigilanza sull'adempimento degli obblighi, delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza;
2) le periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate;
3) la necessità di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo della condizioni di idoneità delle misure adottate;
4) l'individuazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Di conseguenza, il modello immaginato dal legislatore in questa materia è ispirato a distinte finalità che debbono essere perseguite congiuntamente: quella organizzativa, orientata alla mappatura ed alla gestione del rischio specifico nella prevenzione degli infortuni; quella di controllo sul sistema operativo".

Pur essendo possibile rilevare parziali sovrapposizioni, dunque, il Modello teso a escludere la responsabilità amministrativa degli enti si caratterizza per alcuni tratti peculiari, come l'obbligo di istituire un organismo di vigilanza o l'esplicito riferimento normativo relativo all'individuazione di "modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati". Il Modello organizzativo *ex* D.Lgs. 231/2001, inoltre, non si rivolge solo ai soggetti esposti al pericolo di infortunio, bensì a tutti coloro i quali, nell'ambito dell'intera struttura aziendale, sono esposti al rischio di commettere reati colposi e di provocare infortuni, stimolandoli ad adottare standard operativi e gestionali predeterminati.

In definitiva, rispetto alle prescrizioni del D.Lgs. 81/2008 e alle procedure certificate da sistemi quali OHSAS 18001, attraverso l'adozione del Modello l'analisi dei rischi si amplia, spostandosi dal solo ciclo produttivo all'intero processo decisionale finalizzato alla prevenzione, individuando altresì le procedure gestionali e finanziarie necessarie per mitigare e attutire i rischi. Una simile impostazione è confermata, in realtà, dallo stesso tenore letterale

dell'art. 30 del Testo Unico sulla Sicurezza, laddove si richiede che il Modello organizzativo, in relazione alla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, debba prevedere "un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio". La medesima norma prescrive che il Modello *ex* D.Lgs. 231/2001 adotti un idoneo sistema di controllo sull'attuazione e sul mantenimento nel tempo dell'idoneità delle misure adottate.

Va da sé che l'integrazione tra i due modelli è possibile – anzi auspicabile e necessaria – al fine di ottimizzare gli sforzi dell'azienda in chiave di prevenzione dei rischi. In tal modo, un Ente potrà disporre di un sistema di prevenzione e gestione dei rischi in tema di salute e sicurezza sul lavoro complessivamente conforme sia alle prescrizioni imposte dal D.Lgs. 81/2008 che alle indicazioni fornite dal Decreto 231 (per ricondurre entro la soglia di "accettabilità" il rischio di commissione di uno dei reati presupposto): una simile soluzione può consentire attività di prevenzione più efficaci ed efficienti, con significativi vantaggi in termini di razionalizzazione e sostenibilità dei sistemi di prevenzione e controllo.

In tal senso, il citato art. 30 del T.U.S., al comma 5, ha stabilito che in fase di prima applicazione i Modelli 231 adottati sulla base di alcuni standard nazionali e internazionali[17] si presumono conformi ai requisiti di idoneità ai fini della validità esimente per le parti corrispondenti, fermo restando che il possesso dei documenti in commento non vale a esonerare l'Ente in caso di evento patologico (ad es. infortuni o malattie professionali), dal momento che il Modello deve essere non solo adottato, ma anche efficacemente attuato.

Tabella 2 - Confronto certificazione OHSAS e Modello 231

OHSAS 18001 vs D.Lgs. 231	
Analogie	**Differenze**
Approccio basato sui rischi	Il presupposto di conformità relativo al requisito di adeguati "modelli organizzativi e gestionali" sussiste in relazione ai soli rischi *ex* art 25-*septies* D.Lgs. 231/01 (omicidio colposo, lesioni gravi o gravissime)
Procedure	Non prevede sistema disciplinare
Approccio preventivo	Non prevede organismo di controllo (OdV)
Cultura aziendale	Orientamento alla prevenzione dei reati

Analoghe valutazioni devono a maggior ragione essere riferite alle varie certificazioni di qualità

[17] Linee guida UNI-INAIL del 2001 o British Standard OH-SAS 18001:2007.

(ISO 9001, ecc.), per le quali non esiste alcun riferimento normativo che preveda una qualche presunzione di conformità. Troppo spesso, infatti, le aziende tendono a ritenere il Modello *ex* D.Lgs. 231/2001 perfettamente sostituibile con il manuale della qualità redatto in sede di certificazione ISO. Anche in questo caso, è necessario evidenziare le dovute differenze, soprattutto in relazione alla possibilità di fare ricorso alla clausola esimente stabilita dall'art. 6 del Decreto.

L'orientamento e le finalità che il Modello deve assolvere rappresentano certamente elementi che lo distinguono dagli altri sistemi di gestione, anche se tutti sono accomunati dalla caratteristica di costituire un sistema di formalizzazione e regolamentazione dell'organizzazione dell'Ente.

In definitiva, lungi dal marginalizzare o sottovalutare l'importanza delle certificazioni in precedenza richiamate, il *team* di elaborazione del Modello sarà chiamato a valorizzare il più possibile le sinergie con la documentazione dei sistemi aziendali relativa alla sicurezza, all'ambiente e alla qualità. Trattandosi, generalmente di manuali interni, procedure, protocolli operativi, ecc., ben si comprende come il Modello possa giovarsi di manuali adeguatamente elaborati e di procedure ben formalizzate, comunque da orientare, come sopra sottolineato, in "ottica 231".

2.2. Customizzazione

In ossequio al requisito della specificità, i meccanismi di gestione del rischio non potranno essere elaborati in maniera generica e standardizzata, ma dovranno essere elaborati e integrati tra loro secondo un approccio *customizzato*, avendo riguardo al settore di attività dell'Ente, alla sua struttura organizzativa, alle sue caratteristiche, alle attività operative svolte, al sistema di controllo interno già esistente, alle aree e ai processi "sensibili", alla cultura aziendale presente all'interno dell'organizzazione e così via.

2.3. Momento consumativo del reato

Al fine di elaborare protocolli e procedure efficaci a svolgere la propria funzione preventiva, è necessario, in primo luogo, tenere conto delle potenziali modalità di commissione del reato. Il momento consumativo dell'illecito deve essere poi analizzato alla luce dei processi effettivamente presenti all'interno dell'organizzazione, oltre ad essere abbinato alle funzioni e alle aree aziendali che intervengono nello svolgimento delle attività operative, al fine di definire al meglio i presidi preventivi. La necessità di un siffatto approccio è affermata dalla stessa norma,

la quale (comma 6, lett. 2, a) impone di "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati". Per rispettare tale prescrizione, sembra opportuno che le operazioni "sensibili" siano analizzate in relazione ai seguenti aspetti:

- aree/funzioni coinvolte, al fine dell'individuazione del *process owner* e dei soggetti che intervengono nello svolgimento delle diverse attività;
- modalità di realizzazione dell'illecito, con approfondimento relativo anche ai reati e alle attività "strumentali";
- controlli esistenti;
- rischio residuo;
- eventuali nuove procedure di controllo da stabilire.

2.4. Congruità e intensità dei controlli

Uno sviluppo del Modello che rispetti i principi generali di adeguatezza ed efficacia sopra riportati, con riferimento ai reati previsti dalla norma, impone il coordinamento e l'idoneità dei controlli previsti dal Modello e dalle procedure cui lo stesso rinvia.

Come in precedenza sottolineato, l'intensità dei controlli e le modifiche al sistema di controllo interno esistente dipendono dal livello di rischio che si è disposti ad accettare: gli organi direttivi di ogni organizzazione saranno tenuti, in via preliminare, a definire il livello di rischio che essi sono disposti a sostenere (c.d. tolleranza al rischio), al fine di adeguare le attività di controllo e monitoraggio in base al grado di rischio stabilito, tralasciando il controllo delle aree che non rispettano i parametri definiti.

L'analisi di tali fattori è fondamentale al fine di garantire il *trade-off* ottimale tra riduzione dei rischi e costi del controllo, intesi come rallentamenti o eccessiva burocratizzazione dell'attività operativa. Tale equilibrio è necessario, in quanto, all'interno di organizzazioni di qualsiasi tipo, non è pensabile ridurre i rischi a zero senza incorrere in un aumento considerevole degli oneri connessi al controllo, sia in termini economici (maggiori costi) che organizzativi e gestionali (rischio di paralizzare o rallentare eccessivamente il normale svolgimento dell'attività).

Di conseguenza, al fine di evitare di danneggiare le attività operative dell'Ente attraverso l'istituzione di procedure eccessivamente rigorose che avrebbero l'effetto di paralizzarne il regolare svolgimento, è necessario utilizzare come riferimento il generale principio, invocabile anche nel diritto penale, dell'esigibilità concreta del comportamento, sintetizzato dal brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*.

2.5. Tracciabilità e trasparenza

Nel rispetto del principio di verificabilità, lo svolgimento di ogni processo deve risultare tracciabile, sia in termini di archiviazione documentale sia a livello di sistemi informativi. Al fine di rispettare tale principio, è necessario costruire procedure formalizzate grazie alle quali ogni azione, operazione, transazione, ecc., sia adeguatamente riscontrabile e documentata, con particolare riferimento ai processi decisionali *tout court*, oltre che ai meccanismi autorizzativi e di verifica. Ciò significa che ogni iniziativa dovrà essere caratterizzata da un adeguato supporto che favorisca i controlli e garantisca l'opportuna evidenza delle operazioni. La tracciabilità serve a garantire anche una maggiore trasparenza della gestione aziendale, consentendo di individuare al meglio i *process owners* e i soggetti che intervengono in determinati processi operativi.

2.6. Separazione delle funzioni

In linea con quanto fin qui delineato, risulta evidente che nessun soggetto dovrebbe gestire in autonomia un intero processo, in quanto le diverse attività che lo compongono non devono essere *in toto* assegnate a un solo individuo, ma suddivise tra più attori. Per tale motivo la struttura delle procedure aziendali deve garantire la separazione tra le fasi di:

- decisione
- autorizzazione
- esecuzione
- controllo
- registrazione e archiviazione

delle operazioni riguardanti le diverse attività aziendali, con specifico riferimento a quelle ritenute maggiormente sensibili, ovvero soggette a un elevato rischio reato.

2.7. Deleghe e schede di evidenza

Al fine di costruire presidi di controllo efficaci, che rispondano anche ai sopracitati principi di tracciabilità e trasparenza, è necessario costruire un'apposita matrice delle deleghe, che individui in maniera puntuale i soggetti deputati a svolgere funzioni o gestire processi particolarmente sensibili. Per ciò che concerne operazioni delicate o che potrebbero dare luogo alla commissione di qualcuno dei reati presupposto, è possibile strutturare vere e proprie "schede di evidenza", vale a dire documenti e format da compilare al fine di effettuare un *matching* tra le attività svolte e i poteri attribuiti, oltre a conferire tracciabilità alle operazioni

effettuate. Si pensi, ad esempio, ai rapporti con enti pubblici, alla partecipazione a gare di appalto, alla gestione di ispezioni o verifiche, al processo di formazione del bilancio, e così via. Appare chiaro che, affinché le schede di evidenza esplichino concretamente la funzione di sensibilizzazione per cui sono state create, è necessario predisporre un controllo anche endogeno alla struttura da parte del soggetto gerarchicamente superiore. Riveste grande importanza, dunque, l'individuazione di un sistema di deleghe esistente e la costruzione di uno efficace nel contrastare eventuali fenomeni patologici (meccanismi di firme incrociate, particolari percorsi autorizzativi per operazioni sensibili per tipologie o importi e così via).

2.8. Gestione delle risorse finanziarie

Tra i pochi spunti offerti in maniera diretta dalla norma, giova sottolineare uno specifico riferimento alla necessità di individuare "modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati". A tale aspetto, dunque, dovrà essere dedicata particolare attenzione, al fine di definire procedure che garantiscano una trasparente e corretta gestione della liquidità dell'Ente. Lo specifico focus su questo tema è imposto dalla possibilità che una cattiva gestione delle risorse finanziarie possa rivelarsi strumentale alla commissione di alcuni reati-presupposto caratterizzati anche da sanzioni molto incisive, quali riciclaggio, autoriciclaggio, corruzione, ecc.

Di conseguenza, è opportuno che il Modello preveda apposite procedure tese a stabilire soglie di importo, meccanismi di firme abbinate, deleghe formali per i rapporti bancari e i pagamenti e tutti i presidi necessari alla riduzione dei rischi in quest'ambito. In tal senso, deve risultare in modo evidente ed esplicito che l'introduzione di qualsivoglia prassi non codificata costituisce una violazione del Modello.

3. L'EFFICACE ATTUAZIONE DEL MODELLO

La lettera della norma, all'art. 6, comma 1, oltre alla mera adozione di un Modello di organizzazione e gestione in chiave preventiva, menziona esplicitamente l'aspetto della sua efficace attuazione. Tale richiamo è stato confermato anche dalla giurisprudenza, la quale ha stabilito la necessità di valutare e verificare la coerenza tra i comportamenti aziendali concreti e il Modello predisposto, analizzandone la solidità e la funzionalità nella fase di effettiva realizzazione. Affinché si possa dimostrare il concreto funzionamento delle contromisure previste dal Modello, è opportuno rispettare alcune strategie operative e tener conto di alcuni elementi, di seguito meglio dettagliati.

3.1. Formazione e diffusione

Il processo di formazione costituisce un aspetto di rilevante importanza ai fini della corretta e adeguata implementazione del Modello di organizzazione, gestione e controllo. In primo luogo, deve essere garantita ampia diffusione, attraverso la consegna dell'elaborato ai destinatari (con dichiarazione di presa visione), la pubblicazione sull'intranet aziendale e sul sito web dell'Ente, l'affissione in bacheca.

Inoltre, in seguito alla definizione delle procedure e dei protocolli che compongono il Modello, è opportuno effettuare riunioni informative/formative, nell'ambito delle quali comunicare a tutti i destinatari l'esistenza del Modello e le prescrizioni da rispettare.

L'attività di formazione dovrebbe essere personalizzata e differenziata in base al ruolo dei fruitori all'interno dell'Ente, a seconda che essi siano o meno coinvolti in processi sensibili.

3.2. Continuità, monitoraggio e aggiornamento

Affinché i succitati principi di dinamicità ed efficace attuazione risultino verificati, le procedure e i protocolli stabiliti dal Modello devono essere rispettati e aggiornati nel tempo. Pertanto, già in fase preliminare, le valutazioni organizzative, finanziarie, economiche del Modello devono essere fondate su criteri tecnici e di stima che abbiano la possibilità di continuare a essere validi nel tempo, se le condizioni gestionali non saranno tali da evidenziare chiari e significativi cambiamenti.

Inoltre, la costanza nel perseguimento dei valori etici espressi nel relativo Codice e nella applicazione delle procedure introdotte, è condizione indispensabile perché possa dirsi verificato il requisito di adeguatezza richiesto dalla normativa.

A tale proposito, l'approccio proposto da Deming, molto diffuso nell'ambito dei Sistemi di Gestione per la qualità, vale a dire il ciclo PDCA (*Plan - Do - Check - Act*) può risultare di grande interesse come *framework* di base: per la gestione dei processi organizzativi, il miglioramento continuo e la riduzione dei rischi, propone un modello che prevede un'azione basata sulla ripetizione di quattro fasi: pianificazione, attuazione, controllo e retroazione.

Tabella 3 - le fasi del ciclo PDCA nell'implementazione del Modello 231[18]

Plan
Individuazione aree/processi a rischio reato ai fini del D.Lgs. 231/2001
Definizione della matrice delle responsabilità/deleghe
Creazione di Codice Etico e sistema sanzionatorio
Istituzione di un Organismo di Vigilanza
Do
Definizione nuovi protocolli e procedure per la mitigazione del rischio reato
Formazione e coinvolgimento del personale
Creazione dei documenti di registrazione delle attività svolte
Check
Verifiche periodiche, da parte dell'OdV, di aderenza operativa al sistema di gestione dei rischi realizzato
Act
Report dell'OdV all'organo amministrativo di eventuali non conformità al D.Lgs. 231/2001
Eventuale adozione di azioni correttive in seguito all'identificazione di difformità rispetto ai protocolli stabiliti
Eventuali modifiche al Modello
Irrogazione delle sanzioni previste nel sistema disciplinare

In definitiva, la ricerca del miglioramento e dell'aggiornamento continuo risulta di grande importanza ai fini della corretta valutazione dei rischi a cui un'organizzazione è esposta per la costruzione di un adeguato sistema di controllo interno.

L'attività di verifica e monitoraggio continuo, effettuata anche dall'Organismo di Vigilanza (*infra*) consente di fare sì che il Modello si mantenga adeguato sotto il profilo della solidità e funzionalità e risponda in maniera sostanziale e concreta all'analisi e alla valutazione del rischio reato nel tempo.

L'adeguamento del MOG può rendersi necessario in diverse circostanze, tra cui, a titolo esemplificativo:

- modifiche normative: un ampliamento del catalogo dei reati-presupposto o delle relative sanzioni può modificare il profilo di rischio di alcuni processi o il coinvolgimento di alcune aree aziendali, imponendo, di conseguenza, un aggiornamento del Modello;
- variazioni nella struttura organizzativa della Società o delle modalità di svolgimento delle attività d'impresa che siano significative, ossia determinino un mutamento del profilo di

[18] CFR. A. DE VIVO, C. DE LUCA, R. DE LUCA, *op. cit.*

rischio di commissione dei reati, con un impatto diretto sul sistema di controllo interno. In molti casi, si tratta di circostanze che comportano la necessità di rivedere la mappatura delle aree a rischio, in quanto potrebbero aggiungersene delle altre, così come potrebbe sussistere, parallelamente, l'esigenza di prevedere nuovi principi specifici e procedure di controllo;

- violazioni del Modello: nel caso in cui si sia verificato uno dei reati-presupposto, si presume che i presidi preventivi non abbiano funzionato in maniera corretta. Le violazioni verificatesi sono significative e richiedono un intervento quando, al fine di garantire l'effettività del Modello, non è sufficiente intervenire mediante un'apposita azione disciplinare e sanzionatoria nei confronti di coloro i quali hanno infranto le regole, ma è necessario apportare delle modifiche al Modello medesimo, affinché siano modificate, introdotte, integrate procedure che ne rafforzino l'azione preventiva.

3.3. Sistema disciplinare

Come già sottolineato, l'efficace attuazione esige, tra l'altro, l'adozione di un "*sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello*", tanto nei confronti dei soggetti in posizione apicale (art. 6, comma 2, lett. *e*), quanto verso i soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7, comma 4, lett. *b*). Tale previsione rappresenta uno degli elementi che differenzia il Modello *ex* D.Lgs. 231/2001 da altri tipi di sistemi organizzativi.

Un adeguato sistema disciplinare, in generale, non può prescindere dal rispetto della legislazione vigente e deve essere articolato nel rispetto del principio della gradualità, prevedendo sanzioni proporzionate al ruolo ricoperto nell'organizzazione aziendale dall'autore dell'infrazione, all'infrazione stessa e all'impatto che questa comporta per la società in termini di esposizione al rischio reati.

Tuttavia, anche per quanto riguarda l'elaborazione del sistema disciplinare, la normativa non suggerisce in maniera esplicita contenuti, destinatari, requisiti o sanzioni, ma si limita a fornire input di tipo generico; pertanto, spetta agli operatori e al *team* di lavoro la definizione della struttura e dei contenuti, nel rispetto delle norme esistenti, con particolare riguardo a quele relative agli ambiti della contrattazione collettiva e della sicurezza sul lavoro. In merito, le prime indicazioni dottrinali e giurisprudenziali affermano che il sistema disciplinare:

- deve essere elaborato per iscritto e adeguatamente diffuso, costituendo parte integrante dell'efficace attuazione del Modello, attraverso un'adeguata attività di informazione e

formazione dei destinatari, al di là della pubblicazione, mediante affissione in luogo accessibile a tutti;;

- si affianca a quello esterno (penale o amministrativo), volto a sanzionare il trasgressore del Modello organizzativo indipendentemente dal fatto che, da quella violazione, sia scaturita la commissione di un reato;
- deve essere conciliabile con le norme, legislative e contrattuali, che regolano i rapporti intrattenuti dall'Ente con ciascuno dei soggetti ai quali si applica il Modello;
- prevede sanzioni da comminare nel rispetto dei principi di specificità, tempestività ed immediatezza, nonché di idoneità a svolgere un'azione deterrente, avendo una specifica funzione preventiva e non meramente ed esclusivamente punitiva;
- deve garantire il contraddittorio, ovvero la possibilità a favore del soggetto a cui è stato contestato il comportamento di poter proporre, con ragionevole certezza, argomentazioni a sua difesa.

Più specificamente, un sistema disciplinare dovrebbe contenere:

- l'elenco delle violazioni sanzionabili;
- i soggetti destinatari delle sanzioni;
- le procedure di applicazione delle sanzioni.

3.3.1. Sistema disciplinare applicato al personale subordinato

Il potere disciplinare di ogni datore di lavoro trova fondamento nel codice civile e precisamente nell'art. 2106, ove si stabilisce che la violazione, da parte del lavoratore, degli obblighi di diligenza (art. 2104 c.c.) e di fedeltà (art. 2105 c.c.) previsti dal codice disciplinare può essere sanzionata dal datore di lavoro mediante l'applicazione di sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione.

Nella procedura di irrogazione della sanzione saranno considerati, inoltre, anche i livelli di responsabilità del lavoratore subordinato che ha commesso l'infrazione, l'eventuale recidiva del medesimo soggetto e se vi è stata una conduzione dolosa o meno.

Il potere disciplinare, tuttavia, non è privo di regole volte a tutelare la posizione più debole in un contratto di lavoro subordinato. Il procedimento disciplinare è regolamentato *in primis* dall'art. 7 della L. 300/1970 (Statuto dei lavoratori), integrato dalle disposizioni specifiche dei singoli Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro.

La norma afferma l'importante principio che prima dell'applicazione di una qualunque

sanzione disciplinare deve essere garantito al lavoratore il diritto di difesa attraverso un vero e proprio contradditorio, arrivando a invalidare l'intera procedura disciplinare in caso di inosservanza della forma e delle modalità previste dall'art. 7 della L. 300/1970.

Anche in caso di procedure disciplinari per violazioni del Modello, del Codice Etico o delle prescrizioni dell'Organismo di Vigilanza da parte del personale subordinato, dovranno essere rispettate le previsioni normative e le procedure di cui alla L. 300/1970, nonché le eventuali ulteriori regolamentazioni indicate nel CCNL applicato dall'Ente. La regolamentazione disciplinare prevista dallo Statuto dei lavoratori prevede un lasso temporale minimo di cinque giorni dal ricevimento della contestazione dell'infrazione in cui il lavoratore potrà fornire eventuali giustificazioni o portare elementi a difesa, o ancora richiedere di essere sentito in merito.

Anche nei casi di infrazioni commesse da dirigenti è doveroso il rispetto delle procedure disciplinari di cui all'art. 7 della L. 300/1970. Negli ultimi anni, infatti, si è consolidata una giurisprudenza favorevole all'obbligatorietà dell'applicazione della norma nei confronti di dirigenti aziendali, pena l'annullamento dell'intera procedura.

Nei casi in cui i tempi del procedimento disciplinare siano incompatibili con la presenza del soggetto che ha presumibilmente commesso l'infrazione in azienda, in forza della gravità dei fatti stessi (che, se confermati, pregiudicherebbero la prosecuzione del rapporto di lavoro), il soggetto detentore del potere disciplinare può sospendere in via cautelare il lavoratore. Tale sospensione precede, quindi, l'eventuale applicazione della sanzione e non può essere considerata anch'essa sanzione, tant'è che di norma tali periodi vengono regolarmente retribuiti.

La contestazione dell'infrazione va eseguita in maniera specifica e puntuale, evitando generiche disapprovazioni di comportamenti soggettivi. In parallelo, dovrà essere rispettato un secondo importante principio e cioè quello dell'immediatezza della contestazione. La sanzione può avere varie forme, alcune tipizzate dalle norme e dai contratti collettivi. Le misure applicabili verso il personale dipendente, comminate ovviamente in misura proporzionale all'infrazione commessa, sono generalmente le seguenti:

- richiamo verbale;
- ammonizione scritta;
- multa non superiore a un numero di ore previsto dallo specifico CCNL applicato in azienda;

- sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per un numero di giorni previsto dallo specifico CCNL applicato in azienda;
- licenziamento con preavviso;
- licenziamento senza preavviso.

Difficilmente nella contrattazione collettiva figurano specifiche sanzioni per le infrazioni commesse in violazione del Modello 231, del Codice Etico e delle altre disposizioni rilevanti ai fini della responsabilità amministrativa e penale delle imprese. È pur vero, tuttavia, che i CCNL prevedono una esemplificazione delle infrazioni che portano all'applicazione di specifiche sanzioni: sarà quindi compito dell'organo dirigente interpretare i riferimenti del CCNL assimilandoli caso per caso alle inottemperanze dei principi del Codice Etico piuttosto che del Modello. Lo strumento per definire un sistema sanzionatorio completo anche delle regole adottate dall'azienda in materia di responsabilità penale e amministrativa potrebbe essere la contrattazione aziendale. Attraverso questo passaggio, l'Ente e i rappresentanti dei lavoratori possono adattare il regolamento disciplinare offerto dalla contrattazione collettiva alle esigenze della realtà aziendale, evitando in tal modo controversie insite nell'applicazione di sanzioni per infrazioni non classificate e cogliendo l'occasione per ulteriore passaggio comunicativo volto a maggiore sensibilità e responsabilità sull'argomento.

Si potrà in tal caso costruire un sistema disciplinare, parte integrante del Modello, volto a prevedere sanzioni per ogni violazione dei contenuti del Modello stesso. L'applicazione di sanzioni avverrà a prescindere dallo svolgimento e dall'esito di un parallelo procedimento penale avviato dall'autorità giudiziaria nel caso in cui il comportamento censurato integri gli estremi di un reato rilevante ai sensi del D.Lgs. 231/2001 (come del resto già avviene quando si è in presenza di infrazioni disciplinari con rilevanza penale, quali ad esempio furti, risse, *stalking*, ecc).

A titolo esemplificativo, tra le misure sanzionatorie applicate al personale dipendente si può stabilire che:

- si incorre nel provvedimento di richiamo verbale quando si viola una delle procedure interne previste dal Modello;
- si incorre nel provvedimento della multa quando, ad esempio, violando le procedure interne previste dal Modello si arrechi danno alla società, oppure quando il lavoratore sia recidivo per le mancanze sanzionate con richiamo verbale o scritto;

- si incorre nel provvedimento di licenziamento quando, adottando un comportamento in violazione del Modello Organizzativo, si determina l'applicazione a carico della società delle sanzioni previste dal D.Lgs. 231/2001.

L'applicazione delle sanzioni avverrà tenendo conto di diversi fattori:

- intenzionalità del comportamento e grado di negligenza, imprudenza, imperizia;
- eventuali precedenti disciplinari del lavoratore;
- competenze, conoscenze e mansioni del lavoratore;
- responsabilità ricoperte dal lavoratore.

3.3.2. Sistema disciplinare applicato all'organo amministrativo e di controllo

La regolamentazione disciplinare in materia di responsabilità amministrativa e penale dell'Ente prevede che oltre ai lavoratori dipendenti (in quanto subordinati e destinatari del potere disciplinare) anche altre figure apicali, tenute al rispetto delle regole del Modello, possano subire sanzioni disciplinari. Naturalmente, anche in tali casi, la procedura dovrà prevedere:

- la conoscenza da parte degli interessati della regolamentazione disciplinare;
- la specificità della contestazione;
- la proporzionalità della sanzione;
- la comunicazione della sanzione.

Le conseguenze di eventuali violazioni possono essere differenti proprio in virtù della posizione rivestita all'interno dell'Ente.

Alla base dell'efficacia della procedura disciplinare deve esserci la conoscenza, da parte di tutti i soggetti a cui ne viene chiesto il rispetto, della regolamentazione disciplinare. Ciò deve avvenire mediante un'adeguata attività informativa avente ad oggetto i principi contenuti nel Modello e nel Codice Etico, nonché la annessa regolamentazione disciplinare.

In caso di violazione del Modello da parte degli amministratori della Società, o di un componente del Collegio Sindacale, l'OdV informerà il Collegio e l'intero Consiglio di Amministrazione. Nel caso, invece, di violazione del Modello da parte di un componente dell'Organismo di Vigilanza, il Consiglio di Amministrazione adotterà opportuni provvedimenti sulla base della gravità dell'infrazione.

Il sistema disciplinare dovrà prevedere le sanzioni dirette ai componenti dell'organo amministrativo e degli organi di controllo che possono in parte rifarsi alla regolamentazione prevista per i lavoratori, dovendo necessariamente prevedere altre casistiche quali ad esempio:

- la diffida;

- la decurtazione degli emolumenti;
- la revoca dall'incarico;

ferma restando anche la possibilità di risarcimento per eventuali danni subiti dall'Ente a seguito di comportamenti dei medesimi.

3.3.3. Sistema disciplinare applicato a soggetti esterni

L'inserimento di collaboratori e consulenti esterni in ambiti a rischio di commissione reati ai sensi del D.Lgs. 231/2001 comporta anche per i medesimi il rispetto delle regole e dei principi inseriti all'interno del Modello e del Codice Etico e il conseguente assoggettamento alle norme di natura disciplinare.

Preventivamente, l'Ente dovrà informare il soggetto in questione sull'adozione del Modello e del Codice Etico, nonché consegnare copia del regolamento disciplinare in materia di responsabilità amministrativa e penale, consentendo in tal modo l'efficacia della pubblicità (dimostrata dall'accettazione di apposite clausole contrattuali).

Le violazioni del Modello da parte di consulenti e collaboratori esterni, nonché l'eventuale commissione di reati di cui al D.Lgs. 231/2001 sono sanzionate in base a quanto previsto nelle clausole inserite in apposite lettere di incarico o di conferimento di incarico.

Si potrà prevedere, oltre alla diffida, anche la revoca dell'incarico e/o della collaborazione in proporzione alla gravità dei fatti contestati.

Verso tutti i soggetti che commettono violazioni del Modello, l'Ente ha facoltà di richiedere il risarcimento danni commisurato all'intenzionalità del comportamento, alla gravità degli effetti e alla funzione rivestita all'interno dell'Ente.

3.4. Codice Etico

Uno dei principali presidi di prevenzione rispetto alla commissione di illeciti è rappresentato dalla presenza di un Codice Etico, volto a diffondere, all'interno dell'Ente, un clima culturale che dissuada dal porre in essere condotte che possano dare luogo a reati.

All'interno del Codice devono essere esplicitati gli impegni e le responsabilità morali nella conduzione degli affari e delle attività gestionali svolte dai soggetti che agiscono per conto dell'organizzazione. Il documento in questione, inoltre, manifesta i valori a cui tutti gli *stakeholders* dell'Ente (amministratori, dipendenti, consulenti, ecc.) devono ispirarsi, accettando responsabilità, ruoli e regole della cui violazione si assumono personalmente la responsabilità verso la società. Pur non essendo possibile definire un format standardizzato, sono

individuabili alcuni elementi/sezioni in cui il Codice può articolarsi[19]:

- premessa, in cui si delinea la visione etica dell'Ente e le modalità con le quali vuole conseguire la propria *mission*;
- destinatari e perimetro di applicazione, in relazione ai soggetti tenuti a osservare i principi, gli obiettivi e gli impegni previsti dal Codice;
- principi etici, che stabiliscono i comportamenti da tenere e i doveri da rispettare nei confronti dei portatori di interesse;
- norme di comportamento e rapporti con gli *stakeholder*, il cui obiettivo è evitare comportamenti devianti, che possono estrinsecarsi in divieti e standard di condotta ai quali l'organizzazione deve adeguarsi;
- attuazione, controllo e diffusione, che rappresentano aspetti essenziali di ogni Modello, in quanto mirano a diffondere i principi e gli standard etici all'interno e all'esterno dell'Ente, a farli rispettare e a garantirne l'efficacia nel tempo;
- meccanismi disciplinari, ovvero la previsione di sanzioni connesse ai casi di violazione delle regole di comportamento indicate nel Codice.

Le procedure e i vincoli contenuti nel Codice Etico devono considerarsi alla stregua di obbligazioni contrattuali assunte dal prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 2104 c.c.

4. ORGANISMO DI VIGILANZA

Il D.Lgs. 231/2001 all'art. 6, comma 1, lett. *b)*, prevede che, affinché ci sia un'effettiva *compliance* al dettato normativo, *"il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento sia stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo"*, e alla successiva lett. *d)* che *"non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di cui alla lett. b)*". Da tali riferimenti normativi appare evidente che, in mancanza di tale organo, anche il più strutturato Modello organizzativo non potrà definirsi efficacemente attuato e non sarà in grado di evitare le sanzioni a carico dell'Ente in caso di commissione di illeciti.

4.1. Requisiti e composizione

Al fine di assolvere al meglio alla relativa funzione, è necessario realizzare l'ottimale composizione dell'Organismo di Vigilanza, con particolare riferimento alle caratteristiche dei

[19] CFR. A. DE VIVO, C. DE LUCA, R. DE LUCA, *op. cit.*

soggetti che lo compongono e a quelle che lo stesso deve possedere. Posto che il dettato normativo è abbastanza scarno e menziona solo gli "autonomi poteri di iniziativa e di controllo", è opportuno fare riferimento altresì alla prassi e alla giurisprudenza.

Per ciò che concerne i necessari requisiti di "connotazione" dei componenti dell'OdV, è possibile sintetizzarli come segue:

- ***Indipendenza:*** il requisito dell'indipendenza, pur non essendo espressamente richiamato dal D.Lgs. 231/2001, viene comunemente incluso tra quelli richiesti all'OdV in quanto individua la necessaria condizione di assenza di conflitto di interesse e di indipendenza nei confronti della società e, quindi, del suo management. Si ritiene, in ogni caso, applicabile all'Organismo il disposto dell'art. 2399 c.c. relativo al collegio sindacale.

  Correlato al principio di indipendenza dei componenti l'OdV è certamente il tema del compenso da riconoscere agli stessi, la cui opportunità è pacifica in ragione delle responsabilità assunte dal componente dell'OdV all'atto della nomina, nonché della preparazione professionale richiesta e del grado di impegno esigibile. La quantificazione di tale compenso può fare riferimento a tre principi cardine:

  1. onerosità dell'incarico[20]: principio funzionale *"a garantire alle funzioni di controllo interno una certa serietà ed indipendenza, essendo ben noti i pericoli di dequalificazione legati al carattere meramente onorifico di certe cariche, pubbliche o private che siano"*[21];
  2. predeterminazione del compenso;
  3. invariabilità del compenso.

  Questi ultimi due principi sono volti a evitare, a parità di condizioni, variazioni della retribuzione in funzione del tipo e della qualità del controllo esercitato, ovvero di eventuali accordi collusivi con l'organo amministrativo.

  Al fine di garantire una piena indipendenza dell'OdV, diviene particolarmente rilevante l'ammontare dei compensi ricevuti dall'Ente; se è infatti certamente opportuno che esistano meccanismi di remunerazione che prevedano compensi adeguati all'impegno e alle responsabilità dell'incarico, è altrettanto opportuno che gli stessi, nell'ammontare, non siano tali da compromettere l'indipendenza dell'Organismo.

- ***Autonomia:*** all'OdV sono assegnati tutti i poteri necessari e opportuni per l'efficace svolgimento delle proprie attività senza alcuna forma di interferenza o condizionamento da par-

[20] Si noti che è principio generale dell'ordinamento giuridico italiano quello secondo cui la gratuità di una funzione giustifica il suo svolgimento con un grado di diligenza "debole" (si veda, ad es., l'art 1710 c.c.).

[21] Principio sancito dall'art. 2402 cc, secondo il quale *"la retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita dallo statuto, deve essere determinata dall'assemblea all'atto della nomina per l'intero periodo di durata del loro ufficio"*.

te dell'Ente (e in particolare dei soggetti apicali[22]); a titolo esemplificativo, i poteri di indagine e di spesa dell'Organismo di Vigilanza non devono essere eccessivamente limitati, ciò al fine di non inficiare l'efficacia delle attività svolte. L'OdV ha inoltre accesso a tutte le informazioni necessarie od opportune per lo svolgimento delle proprie attività, anche per il tramite di soggetti interni appositamente individuati. Infine, *"l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'Ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche"*[23].

- ***Professionalità:*** i membri devono essere in possesso di competenze professionali adeguate alle funzioni che sono chiamati a svolgere (ad esempio in ambito giuridico e in particolare penale, in ambito amministrativo-contabile, in materia di controllo interno e di gestione dei rischi, di salute e sicurezza sul lavoro, ambientale, IT, ecc.), nonché di strumenti e tecniche per poter efficacemente svolgere la propria attività (ad es. campionamento statistico; tecniche di analisi e valutazione dei rischi e per il contenimento degli stessi; tecniche di analisi di processo e *flow charting*; di intervista ed elaborazione di questionari; metodologie per l'individuazione di frodi)[24].
- ***Onorabilità:*** sebbene il D.Lgs. 231/2001 non contenga alcuna esplicita indicazione in merito ai requisiti di onorabilità dei componenti l'OdV, si desume dalla logica del Decreto stesso l'opportunità, anche per ragioni di coerenza del sistema, nonché per rispondere alle censure[25] che potrebbero essere sollevate in sede giudiziaria[26], che il Modello preveda specifiche cause di ineleggibilità quale componente dell'Organismo di Vigilanza e di incompatibilità alla permanenza nella carica (ad esempio, non possono essere nominati membri dell'OdV coloro i quali abbiano riportato una condanna, anche non definitiva, per uno dei reati previsi nel D.Lgs. 231/2001[27] oppure, salvi gli effetti della riabilitazione, siano stati condannati con sentenza irrevocabile per qualsiasi reato[28]).

---

[22] Intesi come i soggetti definiti dall'art. 5, co.1,lett. a, D.Lgs. 231/2001.

[23] G.I.P. Trib. Roma, 4 aprile 2003.

[24] Trib. Milano, 20 settembre 2004.

[25] Cfr. G.I.P. Trib. Napoli, ord. 26 giugno 2007 e G.I.P. Trib. Milano, ord. 9 novembre 2004.

[26] Le indicazioni giurisprudenziali sottolineano la necessità di verificare, in concreto, la *"sussistenza dei requisiti di indipendenza, autonomia, onorabilità, e professionalità dei membri"* dell'Organismo di Vigilanza (Ord. Trib. Napoli, cit).

[27] Se l'organo di vigilanza deve, pur se organo interno alla società, essere indipendente ed in grado di controllare non solo i dipendenti, ma anche i direttori e gli amministratori dell'ente, appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare sia stata emessa una sentenza di condanna e che la sentenza sia divenuta irrevocabile (Trib. Milano, 20 settembre 2004; Trib. Napoli, 26 giugno 2007).

[28] Le cause di ineleggibilità, incompatibilità o decadenza possono essere definite secondo quanto già disciplinato dal Legislatore per il requisito di onorabilità in altri settori della normativa societaria, tramite un processo di

Giova peraltro ricordare che, ai fini del giudizio di idoneità ed efficacia del Modello in sede giudiziale, *"la sussistenza dei requisiti deve essere verificata sia sotto il profilo formale, sia sostanziale; deve essere, in altri termini, sia palese dalla lettura del Modello stesso, sia de facto in essere nell'ambito dell'operatività dell'Organismo"*[29].

Sulla base delle attività da svolgere e dei requisiti sopra richiamati, è possibile suggerire una modalità di composizione dell'OdV che possa dare vita a un organismo in grado di assolvere le funzioni richieste dalla norma. Atteso che il tenore letterale del Decreto nulla impone al riguardo, e che si debba tener conto delle caratteristiche peculiari dell'Ente (tipo di attività, complessità organizzativa, ecc.) la struttura più opportuna è probabilmente quella di tipo collegiale, in cui oltre a professionisti esterni possono combinarsi soggetti interni all'Ente, anche al fine di agevolare i flussi informativi.

Una simile composizione consente anche di soddisfare al meglio i requisiti di continuità di azione e, soprattutto quello relativo alle competenze che l'Organismo deve possedere: attraverso una configurazione plurisoggettiva, infatti, sarà possibile abbinare al meglio *skills* relativi a materie aziendalistiche, profili penali, aspetti tecnici concernenti il *core business* dell'impresa (si pensi ai rischi connessi alla sicurezza) e così via.

Al fine di rendere l'OdV quanto più autonomo e indipendente, appare altresì opportuno escludere dall'Organismo di Vigilanza qualsiasi soggetto che, per la posizione ricoperta all'interno dell'Ente, possa porre in essere o favorire uno degli illeciti rilevanti e, contestualmente, trovarsi nella condizione di vigilare sull'effettività e adeguatezza del Modello, facendo così emergere un evidente conflitto di interessi e una sovrapposizione tra il ruolo di controllore e di controllato. In altri termini, occorre escludere dai "candidati" tutti coloro che, in funzione della mansione/incarico svolto per l'Ente, a qualsiasi livello, possano trovarsi coinvolti in processi sensibili in relazione al Decreto.

4.2. Attività di vigilanza

Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza si evincono dall'art. 6, comma 1, lett. b) del D. Lgs. 231/2001, che prevede in capo all'Organismo l'obbligo di "vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e curare il loro aggiornamento". Ne consegue che l'Organismo di Vigilanza, in quanto "garante" del Modello, deve svolgere una serie di attività analitiche e

interpolazione con criterio di maggior prudenza. È fatta salva la facoltà per l'Ente di definire profili di onorabilità differenti mediante rinvio allo Statuto sociale.

[29] "*Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*", *position paper* AODV231, febbraio 2010.

funzionali necessarie a mantenere efficiente e operativo lo stesso, che possono essere raggruppate nelle seguenti macro-aree:

- analisi, vigilanza e controllo;
- aggiornamento del Modello;
- formazione.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza, l'Organismo effettuerà, ad esempio, i seguenti interventi:

- verifiche sul rispetto delle leggi e del Modello da parte di tutti i destinatari;
- controlli sulle operazioni di gestione finanziaria e di tesoreria, al fine di evitare la costituzione di fondi neri o riserve occulte;
- verifiche periodiche sulle operazioni di maggior rilievo (ad esempio per valore economico, coinvolgimento della P.A., e così via);
- controlli in caso di ispezioni o accertamenti della pubblica autorità;
- verifiche sulla regolarità formale e sull'utilizzo dei moduli e dei format previsti nei protocolli;
- interventi con gli organi deputati al controllo contabile/di legalità in prossimità della redazione delle comunicazioni sociali e della redazione del progetto di bilancio;
- verifiche sulla tenuta, sul rispetto e l'interpretazione del Codice Etico, del Modello e delle procedure aziendali di attuazione;
- accertamenti sul Documento di Valutazione dei Rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro e sul suo costante aggiornamento.

In coerenza con il principio di verificabilità, inoltre, laddove se ne ravvisi l'esigenza in relazione all'attività dell'Ente, alle sue dimensioni e al settore di riferimento, il Modello potrà opportunamente prevedere la possibilità per l'OdV di accedere ai libri sociali.

Infine, in quanto preposto al controllo dell'osservanza del Modello, l'Organismo di Vigilanza, qualora venga a conoscenza di eventuali violazioni dello stesso, ha il compito di proporre al Consiglio di Amministrazione le sanzioni disciplinari che si rendono applicabili in conformità alle disposizioni previste.

L'OdV svolge le proprie verifiche circa il rispetto dei contenuti del Modello principalmente sulla base di una pianificazione preliminare di controlli da svolgere su un orizzonte temporale di norma annuale. La periodicità di svolgimento delle verifiche (trimestrale, semestrale, annuale, continua) è definita in considerazione della tipologia stessa della verifica. Gli obiettivi, l'oggetto, le modalità di svolgimento e gli esiti di ciascun controllo sono formalizzati in un

apposito report. L'OdV, con cadenza periodica (generalmente semestrale o annuale), predispone una Relazione riepilogativa delle attività complessivamente svolte nel periodo in analisi (con riferimento alle attività di verifica della corretta attuazione e di aggiornamento del Modello), dando evidenza, in particolare, delle criticità eventualmente riscontrate. Tutta la documentazione raccolta o prodotta è conservata in un apposito archivio accessibile esclusivamente ai componenti dell'OdV.

Nell'ambito della propria attività di verifica, l'OdV si riunisce su convocazione del Presidente ovvero di altro membro, qualora quest'ultimo ritenga necessario procedere con la fissazione di una riunione per l'attuazione dei compiti affidati. L'Organismo condivide preventivamente l'ordine del giorno delle riunioni. Il Presidente invia, anche a mezzo posta elettronica certificata, agli altri componenti e, se ne è prevista la partecipazione, alle altre funzioni aziendali, ai membri degli organi di controllo e ai consulenti esterni eventualmente attivati, le convocazioni, l'ordine del giorno e la documentazione necessaria per lo svolgimento delle proprie attività. Per ogni riunione è redatto un verbale, condiviso, sottoscritto e adeguatamente archiviato dai membri dell'OdV.

4.3. I requisiti di prestazione

Per ciò che concerne i requisiti di "prestazione" che è opportuno caratterizzino le azioni messe in atto dall'OdV nello svolgimento dei propri compiti, essi possono essere sintetizzati come segue, seppur in maniera non esaustiva:

- ***Continuità di azione:*** le attività dell'OdV sono svolte in modo continuativo, ancorché periodico, e senza interruzione, indipendentemente dalla variazione della composizione dell'Organismo; a tal fine, soprattutto per società di medie o grandi dimensioni, è opportuno dotarsi di una Funzione *Compliance* interna o di una segreteria tecnica a supporto delle attività dell'OdV e, ad ulteriore garanzia della continuità di azione, priva di mansioni operative che possano condizionare l'obiettività dei giudizi. In relazione a tale principio, inoltre, il succitato equilibio tra professionalità esterne all'Ente, in grado di conferire autorevolezza ed indipendenza all'OdV, e soggetti interni (ma avulsi dall'operatività gestionale dell'Ente), è in grado di assicurare da un lato approfondita conoscenza dei profili organizzativi e gestionali dell'Ente, dall'altro lato la continuità d'azione richiesta.
- ***Tracciabilità:*** l'OdV è tenuto a curare la conservazione e la tracciabilità della documentazione inerente le attività svolte, anche al fine di poter comprovare la continuità delle

attività di vigilanza. Le verifiche devono essere svolte tramite un approccio professionale e sistematico che dovrà consentire a chiunque, prudente e competente, di pervenire alle medesime conclusioni, in modo da garantire, all'occorrenza, un'agevole ricostruzione dei fatti *ex-post*[30].

- ***Riservatezza:*** l'OdV è tenuto al più stretto riserbo e tutela del segreto professionale circa le informazioni e notizie ricevute nell'espletamento dell'attività; in ogni caso, ogni informazione in possesso dell'OdV viene trattata in conformità alle previsioni del D.Lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy).
- ***Obiettività / integrità:*** i requisiti di autonomia e indipendenza, unitamente alla professionalità, garantiscono che l'Organismo conduca le proprie attività con imparzialità e realismo, ovvero in assenza di pregiudizi e interessi personali.
- ***Efficacia:*** l'Organismo persegue l'effettività delle attività svolte per garantire un corretto ed efficace livello di vigilanza sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza del Modello, nonché sull'aggiornamento dello stesso, in linea con quanto previsto dall'art. 6 del Decreto stesso. A tal fine, è opportuno che i compiti dell'OdV siano specificati all'interno del Modello e che venga approvato dallo stesso Organo un Regolamento che ne disciplini puntualmente il funzionamento (riunioni, voto e decisioni, ecc.).
- ***Adeguatezza:*** all'OdV sono formalmente assegnati poteri sufficienti per lo svolgimento della propria attività (ad esempio *budget* dedicato e accesso alla documentazione aziendale e alle strutture aziendali), al fine di garantire il rispetto del principio di autonomia. L'OdV utilizza adeguatamente i poteri conferitigli per svolgere le proprie attività nel rispetto del principio di efficacia.
- ***Tutela:*** l'OdV ha il dovere di agire assumendo tutte le cautele necessarie al fine di garantire i c.d. "*whistleblowers*" da ogni forma di penalizzazione, ritorsione o discriminazione.
- ***Correttezza:*** i componenti dell'OdV si astengono dal ricercare e/o utilizzare informazioni riservate per scopi non conformi alle funzioni proprie dell'Organismo.
- ***Pertinenza:*** nei Gruppi di imprese, è opportuno che ogni società controllata adotti un proprio specifico Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo e nomini un proprio OdV, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità (fatta salva la possibilità di attribuire tali poteri all'organo dirigente della società controllata se di piccole

[30] AODV 231, *"Le verifiche dell'OdV"*, 28 gennaio 2015.

dimensioni, *ex* art. 6, co.4, del D.Lgs. 231/2001). Inoltre, in caso di previsione di attività di coordinamento tra i diversi Organismi di Vigilanza di un Gruppo, è opportuno evitare l'introduzione di poteri di ingerenza (ad es. poteri ispettivi) in carico all'OdV della capogruppo, nei confronti degli Organismi di Vigilanza delle società controllate.

- ***Collaborazione con gli organi di controllo*:** lo scambio di informazioni e, più in generale, la fattiva collaborazione con gli altri attori del sistema di controllo, comunque denominati, è requisito di prestazione indispensabile ai fini di un proficuo svolgimento delle attività di vigilanza.

4.4. Flussi informativi

Il D.Lgs. 231/2001 prevede l'obbligo di stabilire appositi flussi informativi nei confronti dell'OdV, relativi sia all'esecuzione di attività sensibili sia a situazioni anomale o possibili violazioni del Modello. Tutti i soggetti che fanno riferimento all'attività svolta dall'Ente dovranno quindi garantire la massima cooperazione, trasmettendo all'OdV ogni informazione utile per l'espletamento delle funzioni che gli sono proprie.

L'Organismo a tal fine istituisce appositi mezzi di comunicazione (es.: casella di posta elettronica dedicata), qualora la natura della segnalazione richieda la confidenzialità di quanto segnalato, al fine di evitare eventuali atteggiamenti ritorsivi nei confronti del segnalante. I flussi informativi devono avere natura bidirezionale, consentendo ai destinatari del Modello di informare costantemente l'OdV e a quest'ultimo di interagire/retroagire con gli stessi soggetti.

- Flussi informativi verso l'OdV: possono essere distinti in "flussi informativi attivati al verificarsi di particolari eventi" e "flussi informativi predefiniti". I primi hanno ad oggetto segnalazioni di violazioni sospette o accertate delle prescrizioni contenute nel Modello ovvero, più in generale, segnalazioni di commissione sospetta o accertata di reati presupposto. La seconda categoria di flussi ha invece ad oggetto le informazioni provenienti dalle figure aziendali deputate a gestire le attività sensibili ai sensi del Decreto, indicate nel Modello e ritenute in grado di agevolare i compiti di controllo dell'OdV ponendosi ad integrazione delle informazioni ricavate dalle attività di verifica periodiche (ad es.: elenco delle gare pubbliche di cui la società è risultata aggiudicataria, contratti stipulati con fornitori/consulenti, di importo pari o superiore a soglie predefinite, esiti/verbali delle verifiche ispettive eventualmente condotte da Enti Pubblici, eventuali assunzioni di soggetti legati a esponenti della Pubblica Amministrazione). In relazione ai flussi informativi, è necessario indicare chiaramente

nel Modello l'indirizzo di posta elettronica dedicato e riservato all'OdV cui possono essere trasmesse le informazioni sopra descritte.

- Flussi informativi dall'OdV: l'Organismo di Vigilanza informa periodicamente l'organo amministrativo in merito alle verifiche pianificate per l'esercizio di riferimento, attraverso la trasmissione dell'Audit Plan formalizzato. L'OdV relaziona, inoltre, agli organi societari circa gli esiti dell'attività di vigilanza condotta, inviando sia all'organo amministrativo, sia agli organi di controllo interno (Collegio Sindacale, Comitato Controllo e Rischi, ecc.) la Relazione periodicamente predisposta. In aggiunta ai flussi informativi ordinari previsti dall'OdV verso gli organi societari, si evidenzia che l'organismo è chiamato a dare immediata comunicazione a tali soggetti al verificarsi di situazioni straordinarie, inerenti, ad esempio, a eventuali segnalazioni di violazioni dei principi contenuti nel Modello pervenute all'attenzione del medesimo.

Al fine di garantire la segnalazione tempestiva di eventuali violazioni, anche in questo caso un utile strumento può essere rappresentato da apposite "schede di evidenza" delle operazioni, all'interno delle quali riportare le informazioni principali relative a processi/attività particolarmente "sensibili" (es.: oggetto, nome del responsabile con indicazione del ruolo nell'ambito aziendale, adempimenti svolti nel corso dell'operazione, indicazione di eventuali altri soggetti coinvolti, ecc).

4.5. I principi del Codice Etico indirizzati ai componenti dell'OdV

In tema di eticità dell'operato dell'Organismo di Vigilanza, si evidenzia, altresì, che un costante punto di riferimento nell'attività di tale Organo deve essere rappresentato dal Codice Etico adottato dall'Ente. Di seguito si sintetizzano i principali canoni di comportamento indicati nel Codice Etico, al cui rispetto sono tenuti, tra gli altri, i componenti dell'OdV:

- etica, trasparenza, correttezza, professionalità: tutte le azioni e, in genere, i comportamenti posti in essere dai componenti dell'OdV devono essere ispirati alla massima correttezza e legittimità sotto l'aspetto formale e sostanziale. Deve essere garantita la piena completezza e trasparenza delle informazioni fornite, la piena chiarezza e veridicità dei documenti prodotti secondo le norme vigenti e la normativa adottata internamente all'organizzazione (anche con riferimento al Regolamento dello stesso OdV). L'OdV deve svolgere le proprie funzioni con impegno e rigore professionale, agendo in modo da tutelare il valore patrimoniale, gestionale, nonché la reputazione dell'Ente, attraverso la prevenzione dei reati previsti dal D.Lgs. 231/2001. Pratiche di corruzione, favori ille-

gittimi, comportamenti collusivi, sollecitazioni, dirette e/o attraverso terzi, di vantaggi personali per sé o per altri, sono senza eccezione proibiti.

- Gestione di eventuali situazioni di conflitto di interesse: i membri dell'Organismo di Vigilanza sono tenuti a segnalare eventuali situazioni di conflitto di interesse che si vengano a determinare (ad esempio nell'ipotesi in cui propri parenti o affini entro il 2° grado o conviventi di fatto, a seguito dell'assunzione da parte dell'Ente, rappresentino soggetti responsabili della gestione di attività sottoposte al controllo dell'OdV, ovvero nell'ipotesi in cui il componente utilizzi il proprio ruolo o le informazioni acquisite nell'esercizio del proprio incarico, a vantaggio indebito proprio o di terzi). Ogni situazione che possa costituire o determinare un conflitto di interesse deve essere tempestivamente comunicata agli altri componenti dell'Organismo di Vigilanza e al Consiglio di Amministrazione, al fine di individuare le più adeguate soluzioni operative atte a salvaguardare la trasparenza e la correttezza dei comportamenti nello svolgimento delle attività attribuite all'OdV.
- Riservatezza: le attività affidate all'OdV richiedono costantemente l'acquisizione, la conservazione, il trattamento, la comunicazione e la diffusione di informazioni, notizie, documenti e altri dati attinenti gli aspetti *ex* D.Lgs. 231/2001, la cui divulgazione inopportuna o intempestiva potrebbe produrre danni al personale ovvero agli interessi aziendali (si fa riferimento, ad esempio, alla divulgazione di segnalazioni ricevute in merito alla commissione, sospetta ovvero accertata, di reati o di violazioni del Modello o del Codice Etico). Fermi restando la trasparenza delle attività poste in essere e gli obblighi di informazione imposti dalle disposizioni vigenti, in particolare verso l'Autorità Giudiziaria, è obbligo dell'OdV assicurare la dovuta riservatezza per ciascuna notizia appresa in ragione della propria funzione lavorativa.
- Tutela della privacy: l'OdV è tenuto a proteggere le informazioni relative a persone e terzi, acquisite nell'ambito dei propri compiti, evitando ogni uso improprio di queste informazioni. Il trattamento dei dati personali svolto a cura dell'OdV deve avvenire in modo lecito, nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità degli interessati, conformemente alle disposizioni normative vigenti. Sono oggetto di raccolta e registrazione esclusivamente i dati necessari per scopi predeterminati, legittimi ed espliciti.