

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D. Lgs. 231/01

“Disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, della società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica” (D. Lgs. 231/2001)

Il decreto introduce - per la prima volta in Italia - la responsabilità degli enti in sede penale per alcuni reati tassativamente previsti, se commessi nell'interesse o a vantaggio degli stessi da soggetti in posizione apicale ovvero da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di costoro.

► CIRCOLAZIONE DI MODELLI GIURIDICI

Il decreto recepisce i contenuti della **Convenzione OCSE** firmata dall'Italia e da molti altri Paesi nel 1997 con il fine di combattere la corruzione internazionale di pubblici ufficiali perpetrata dalle aziende nell'attuazione delle loro politiche commerciali. La Convenzione, a sua volta, ha “importato” i principi dall'esperienza anglo-americana (cfr. *Foreign Corrupt Practisies Act 1977* e le *Federal Sentencing Guidelines*).

Il decreto si prefigge l'obiettivo di scoraggiare i comportamenti illeciti nelle attività di business e intende realizzare tale obiettivo responsabilizzando le società alla prevenzione e repressione di condotte “a rischio

Il D. Lgs. 231/2001

► NOVITÀ

Prima del decreto la società aveva solo una responsabilità civile (ex art. 196 e 197 c.p.) ossia un obbligo di pagamento di multe ed ammende inflitte personalmente al legale rappresentante ed amministratore della società e/o in caso di insolvenza delle persone fisiche che hanno compiuto il reato.

Il decreto introduce invece una **nuova forma di responsabilità dell'ente** che si definisce “amministrativa da reato accertata in sede penale”.

Tale responsabilità:

- non sfocia nell'irrogazione di sanzioni detentive; tuttavia la condanna definitiva è iscritta in una Anagrafe Nazionale;
- è accertata in un processo penale dinanzi alla autorità giudiziaria ordinaria secondo le norme di procedura penale;
- è aggiuntiva ed autonoma rispetto a quella delle persone fisiche che hanno materialmente commesso il reato.

Il D. Lgs. 231/2001

► DESTINATARI DEL DECRETO

Il decreto trova applicazione agli “**enti**” ossia alle società di persone, di capitali, cooperative nonché alle associazioni con o senza personalità giuridica, alle fondazioni, alle società sportive. Sono quindi escluse le imprese individuali, lo Stato, gli enti pubblici territoriali o enti pubblici non economici. Il decreto non distingue i destinatari della norma in relazione alle caratteristiche dimensionali.

Di non agevole interpretazione è l'applicazione del decreto ai “gruppi di società”.

► CONDIZIONI DI APPLICAZIONE

Il decreto trova applicazione secondo un meccanismo a “due tempi”:

- commissione di un **fatto di “reato – presupposto”** nell'interesse o a vantaggio della società da parte di una persona fisica;
- **imputazione** del reato-presupposto alla società, in mancanza di cause di esonero da tale responsabilità.

Il D. Lgs. 231/2001

A) REATO – PRESUPPOSTO

- Soggetti

Il fatto di reato deve essere commesso da:

(a) soggetti in posizione apicale, ossia:

- persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale;
- persone che esercitano, di fatto, la gestione e il controllo della società stessa;

(b) altri soggetti, sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti sopra indicati.

Alcune sentenze [Trib. Milano 27.4.2004] hanno esteso l'applicazione del decreto anche a casi in cui il reato presupposto è commesso da collaboratori, agenti o consulenti.

Se il reato è commesso da soggetto apicale, in virtù del rapporto di cd. **immedesimazione organica** di questi con la società, la società si presume colpevole salvo che provi la sussistenza di una causa di esonero da responsabilità.

Se il reato è commesso da soggetto non apicale, la società risponde solo se il PM prova che essa non ha ottemperato agli obblighi di direzione, vigilanza, controllo sui membri della sua struttura organizzativa.

Il D. Lgs. 231/2001

- Interesse o vantaggio dell'ente

L' "interesse" fa riferimento ai casi di **preordinazione** della condotta illecita all'ottenimento di un beneficio dell'ente; esso è verificato "**ex ante**" e può sussistere anche se non vi è stato un effettivo e concreto beneficio per la società [Trib. Pordenone 4.11.2002]

Il "vantaggio" fa riferimento ai casi in cui la condotta illecita – preordinata ex ante ad un beneficio prevalente per il singolo – produce però anche un **beneficio** per la società; il vantaggio è verificato "**ex post**" e sussiste solo se effettivamente la società trae un beneficio.

- Fattispecie di reato

Il decreto ha progressivamente ampliato il novero dei "reati-presupposti" e **la tendenza del legislatore è quella di considerare il decreto come uno strumento di portata generale finalizzato ad una più efficace lotta contro il crimine.**

I. Inizialmente, in coerenza con la genesi del decreto, sono stati previsti i **reati lesivi della pubblica amministrazione** (corruzione, concussione, indebita percezione di erogazioni pubbliche, truffa in danno dello Stato, ecc.).

Il D. Lgs. 231/2001

.....segue

II. Successivamente, sono stati introdotti:

- reati contro la fede pubblica (falsità di monete, carte di pubblico credito e valori di bollo)
- reati cd. societari (falsità in bilancio, nelle relazioni e nelle altre comunicazioni sociali; falso in prospetto; falsità nelle relazioni o comunicazioni della società di revisione; impedito controllo; formazione fittizia del capitale; indebita restituzione dei conferimenti; illegale ripartizione degli utili e delle riserve; illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante; operazioni in pregiudizio dei creditori; indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori; indebita influenza sull'assemblea; agiotaggio; ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza);
- reati di market abuse e market manipulation;
- reati aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico;
- reati contro la personalità individuale.

III. Negli ultimi anni sono state introdotte ulteriori fattispecie di reato:

- delitti informatici e trattamento illecito di dati;
- delitti di criminalità organizzata;
- delitti contro l'industria e il commercio;
- omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene della salute sul lavoro;
- ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita;
- induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria
- e così via ...

Il D. Lgs. 231/2001

B) IMPUTAZIONE DEL REATO

La società risponde del reato-presupposto se è ad essa “**rimproverabile**” ossia se il fatto illecito può essere attribuito ad una violazione di doveri di diligenza, correttezza, prudenza posti dall’ordinamento [cd. *concezione “normativa” della colpevolezza*].

La società non risponde del reato presupposto [cd. **esonero da responsabilità**] se:

1. ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo (il Modello) idoneo a prevenire la realizzazione degli illeciti penali;
2. il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza del Modello e di curare il suo aggiornamento è stato affidato ad un Organismo di Vigilanza della società (l’OdV) dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
3. il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente il Modello;
4. Non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’OdV.

Il D. Lgs. 231/2001

► SANZIONI

A) Tipologia

- Sanzione pecuniaria

È sempre prevista l'applicazione di una sanzione pecuniaria, commisurata alla gravità del fatto, al grado di responsabilità dell'ente alla condotta successiva alla commissione del reato nonché alle condizioni economiche dell'ente.

- Sanzioni interdittive

Sono applicate, in relazione a reati per i quali sono previste, nei casi in cui il reato sia commesso da soggetti apicali o sia ascrivibile a carenze organizzative della società che dal reato abbia tratto un profitto di rilevante entità ovvero nei casi di reiterazione di illeciti.

Sono scelte fra le seguenti - secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità - in base alla loro idoneità a prevenire reati della specie di quello commesso: interdizione all'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle licenze o concessioni, divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione.

- Confisca del prezzo o del profitto del reato (ovvero somme di denaro equivalenti).

- Iscrizione delle sanzioni definitive nella Anagrafe Nazionale delle sanzioni amministrative, regolato dalle medesime norme applicabili al Casellario Giudiziale per le persone fisiche.

Il D. Lgs. 231/2001

B) Applicazione

- In via cautelare

Il PM può richiedere al GIP l'applicazione delle sanzioni in via cautelare (prima di una sentenza definitiva) quando sussista un "*fumus boni juris*" (ossia, verosimile fondatezza delle accuse) ed un "*periculum in mora*" (ossia, pericolo di reiterazione di reati nel tempo occorrente per giungere ad una condanna definitiva).

La società può ottenere la sospensione dell'applicazione delle misure cautelari dando prova di un "ravvedimento operoso" ex art. 17 del decreto.

- In via definitiva

Le sanzioni sono applicate in via definitiva per effetto di sentenze di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta della parte (cd. patteggiamento).

La società può evitare l'applicazione delle sole sanzioni interdittive dando prova di un "ravvedimento operoso".

Il "ravvedimento operoso" previsto dall'art. 17 del decreto ricorre allorché la società:

- risarcisce integralmente il danno ed elimina (o si adopera efficacemente per eliminare) le conseguenze dannose dell'evento;
- elimina le carenze organizzative ed adotta un Modello idoneo a prevenire reati della specie di quelli verificatisi;
- mette a disposizione per una confisca il profitto tratto dalla commissione del reato presupposto.

Il Modello ex D. Lgs. 231/2001

- Il Modello è un atto societario formale, approvato dal CdA, elaborato sulla base dell'analisi dell'operatività aziendale e dei rischi ad essa connessa.
- Rappresenta un sistema strutturato ed organico di attività e procedure di controllo volte a prevenire la commissione dei reati previsti.

Il Modello è composto da vari elementi, tra i quali:

– Parte generale:

- Principi di fondo
- Organismo di Vigilanza (composizione, regolamento, etc.)
- Sistema disciplinare
- Codice etico
- Ecc.

– Parte speciale:

- Struttura organizzativa (organigramma, job description, procure)
- Mappatura dei rischi
- Regolamenti interni (protocolli, procedure, disposizioni varie, etc.)

Il Modello ex D. Lgs. 231/2001

- È opportuno ricordare che la legge prevede l'adozione del Modello in termini **facoltativi** e non obbligatori.
- La mancata adozione non è soggetta ad alcuna sanzione diretta ma espone l'ente alla responsabilità per gli illeciti realizzati dagli amministratori e dipendenti e può dare avvio ad azioni di responsabilità a carico degli amministratori da parte dei Soci.

Il Modello ex D. Lgs. 231/2001

Il Modello si inserisce – a pieno titolo – nell’ambito del sistema di controllo interno e contribuisce ad alimentare un costruttivo confronto con e tra i principali attori aziendali.

Si qualifica quale strumento di riferimento per la gestione dei cosiddetti rischi di *compliance* che stanno assumendo contorni sempre più marcati nelle dinamiche di gestione aziendale e negli assetti di governance.

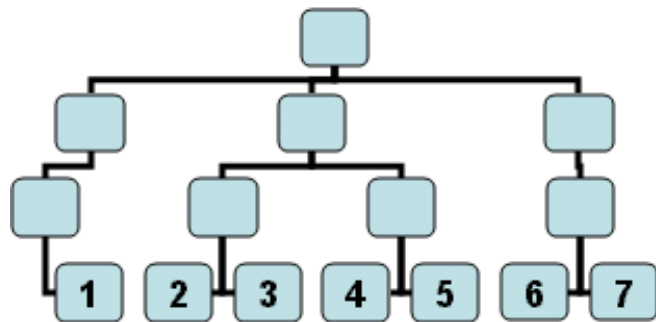
Il Modello ex D. Lgs. 231/2001

Il Modello nasce attraverso le seguenti fasi:

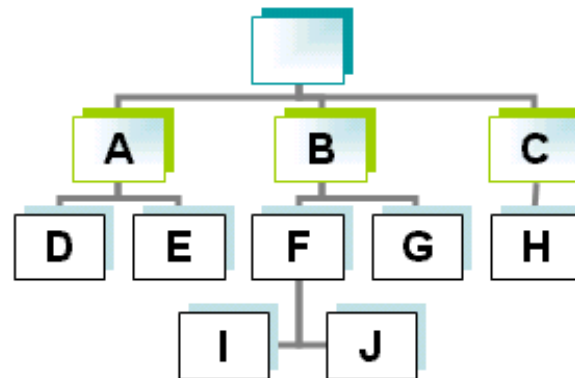
- **Inventario degli ambiti aziendali esposti al rischio reato**
 - ❖ Analisi dei processi aziendali e, in considerazione dei reati previsti dal decreto, individuazione di quelli esposti al rischio-reato. Questa attività è formalizzata da una mappatura delle aree/processi di interesse
- **Analisi dei rischi potenziali**
 - ❖ Abbinamento, in ognuna delle aree esposte, del reato di pertinenza e individuazione della possibile condotta illecita
- **Valutazione/costruzione/adeguamento del sistema di controlli preventivi**
 - ❖ Esame critico del sistema di controllo esistente in ognuna delle aree esposte al rischio-reato al fine di creare il miglior presidio.
 - ❖ Integrazione/adeguamento del sistema di controllo con la formalizzazione di uno specifico protocollo.

Mappatura dei processi: lo schema di riferimento

MAPPATURA GERARCHICA DEI PROCESSI



ORGANIGRAMMA

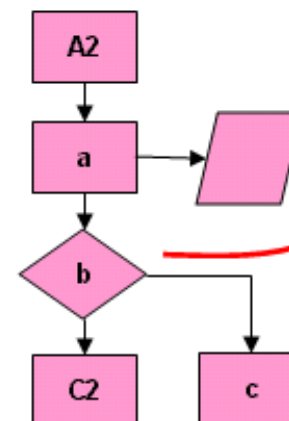


MAPPATURA PROCESSI / UNITA' ORGANIZZATIVE

	Unità Organizzative									
	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
1	A1	B1								
2	A2	B2								
3		B3	C1							
4			C2							
5										
6										
7										

MAPPATURA ANALITICA DI PROCESSO

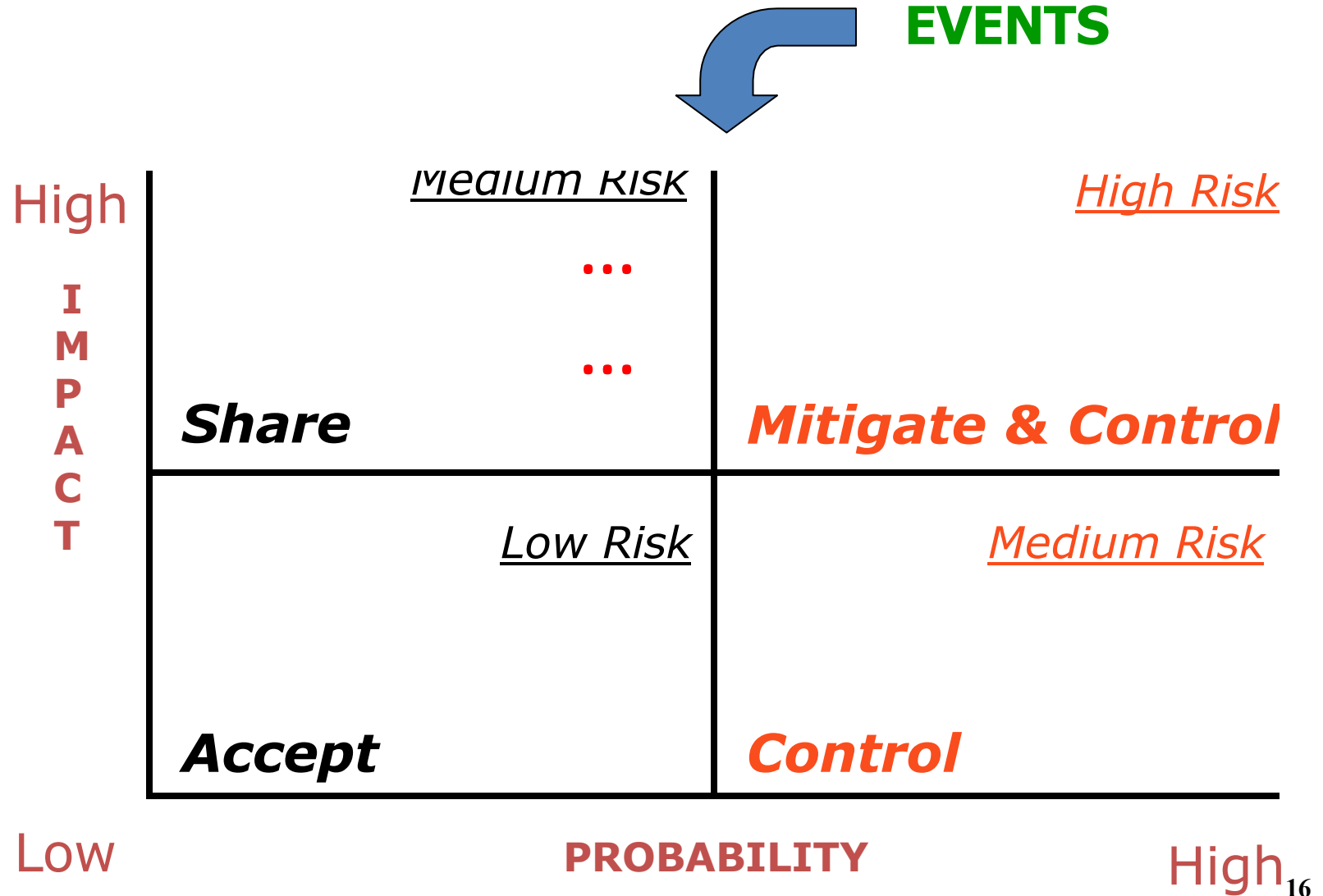
FLOWCHART



DESCRIZIONE
PROCEDURE

b			
.....			
.....			
.....			
.....			

Impact vs. Probability: events, risk assessment, risk response



Principi di controllo

1. Separazione delle funzioni: in ogni processo aziendale deve essere prevista la compartecipazione di diverse funzioni (nessuno può gestire in totale autonomia un intero processo)
2. Documentabilità: possibilità di verifica documentale delle operazioni (tracciabilità), tale da consentire l'individuazione di chi, nelle diverse fasi di un processo, *richiede, autorizza, effettua, controlla, registra e paga*
3. Ruolo, poteri e responsabilità chiaramente definiti e attribuiti
4. Limitazione dei poteri e dell'autonomia finanziaria
5. Coerenza tra poteri autorizzativi e di firma e ruolo nell'organizzazione

Adeguatezza, effettività e aggiornamento del Modello

Adeguatezza: il Modello deve essere atto a ridurre ad un livello accettabile il rischio di commissione di illeciti della fattispecie citate nel D. Lgs. 231/2001

Effettività: i protocolli operativi, e più in generale il Modello, devono essere divulgati, compresi ed efficacemente applicati da tutti i soggetti interessati

Aggiornamento: Il Modello deve mantenere nel tempo i requisiti di solidità e funzionalità, adattandosi ai cambiamenti organizzativi o normativi

- Ogni responsabile di funzione è tenuto ad assicurare l'effettiva divulgazione, comprensione e applicazione del Modello

Organismo di Vigilanza: nomina e composizione

- La composizione dell'OdV deve essere tale da garantirne **autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d'azione**.
- L'OdV è composto da membri nominati dal Consiglio di Amministrazione fra coloro che abbiano requisiti di imparzialità, moralità, competenza.
- L'OdV dura in carica per il periodo stabilito dal CdA.
- L'OdV si riunisce periodicamente, agisce direttamente ovvero avvalendosi della funzione di AUDIT e riferisce degli esiti dell'attività svolta periodicamente ad altri organi di controllo ed al Consiglio di Amministrazione.
- Sul punto si veda Position Paper AOdV.

Compiti dell'OdV

- L'OdV ha il compito di vigilare affinché il Modello sia:
 - **adeguato ed efficace**, ossia idoneo a prevenire la commissione dei reati in relazione alla struttura della Società;
 - **effettivo**, ossia divulgato ed efficacemente osservato da parte di tutti i soggetti a cui il Modello si indirizza;
 - **aggiornato**, ossia sempre coerente con l'assetto della Società e con le normative sopravvenute.
- Responsabilità dei controlli
 - L'attività di controllo è di responsabilità delle funzioni aziendali, che devono assicurare l'applicazione del Modello (controllo di 1° livello).
 - Il controllo ai livelli successivi è assicurato dall'AUDIT, dalla Compliance e dall'OdV.

Le responsabilità penali dell'ODV

- Gli obblighi di vigilanza non integrano un dovere di prevenzione di possibili reati (ai sensi dell'art. 40 c.p. responsabilità per omesso impedimento). I membri dell'ODV non hanno infatti poteri di controllo o intervento diretto sui comportamenti degli apicali o dei sottoposti.
- La responsabilità penale si riduce a ipotesi residuali quali il concorso doloso nei reati presupposto commessi da amministratori o loro sottoposti.

Le responsabilità civili dell'ODV

- Responsabilità extracontrattuale:
 - Il D. Lgs. N. 231/2001 non attribuisce all'ODV una posizione di garanzia dei diritti di terzi né poteri di intervento finalizzati alla prevenzione.
 - Ciò consente di escludere la sussistenza di una responsabilità extracontrattuale dei componenti dell'ODV nei confronti dei terzi (diversamente da amministratori e sindaci).

Le responsabilità civili dell'ODV

- Responsabilità contrattuale verso l'ente:
 - Trattasi di responsabilità per inadempimento di obbligazione di mezzi, non di risultato.
 - La responsabilità si qualifica per colpa (diligenza).
 - I danni risarcibili (da parte dei membri dell'ODV) sono circoscritti ai soli pregiudizi subiti dall'ente a seguito delle sanzioni (pecuniarie e/o interdittive) applicate per la commissione del reato presupposto.

Le diverse funzioni (e responsabilità) di sindaci e ODV

- Il CS è un organo della società.
- l'ODV è un «ufficio dell'impresa» (istituito dal CdA e non dall'Assemblea).
- Il CS vigila sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, conseguentemente, controlla l'adeguatezza dell'assetto organizzativo.
- l'ODV vigila solo sull'adeguatezza del Modello ed è tenuto a segnalare eventuali carenze al CdA il quale, sotto la sua responsabilità, dà seguito o meno alle segnalazioni ricevute.

L'attribuzione al CS delle funzioni dell'ODV: effetti sul regime di responsabilità

L'attribuzione al CS delle funzioni dell'ODV determina una più evidente configurazione di competenze di cui il CS è già investito ex lege: quella di vigilare sull'assetto organizzativo (responsabilità rafforzata dal D. Lgs. 39/2010 che attribuisce al CS, tra le altre, la funzione di vigilanza in materia di rischi).

L'attribuzione al CS delle funzioni dell'ODV: effetti sul regime di responsabilità

- Secondo alcuni – con riguardo ai compiti dell'ODV che si sostanziano essenzialmente in «atti interni» (ad esempio la verifica della effettività del Modello) – la sola responsabilità aggiuntiva (per il CS) è quella contrattuale nei confronti della società.
- Secondo altri: «nessun CS si assumerà il rischio di omettere denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c. di cui abbia avuto conoscenza mentre «operava» come ODV. ➡ Vengono attratte nella sfera delle responsabilità verso i terzi (tipiche del CS) anche le funzioni di rilevanza esclusivamente interna tipiche dell'ODV.

L'attribuzione al CS delle funzioni dell'ODV: aspetti problematici

- Governance e indipendenza: il CS, da un lato, vigila istituzionalmente sul CdA, dall'altro, come ODV, dipende dal CdA e a questo deve riferire.
- Conflitto di interessi: l'ODV deve «vigilare» anche sul CS in quanto svolge o partecipa ad attività esposte a rischio di commissione di reati 231 (es. false comunicazioni sociali).
- Requisiti professionali: per l'ODV sono richieste competenze professionali differenziate (audit, penalista, ecc.).

Flussi informativi verso l'OdV

- Obbligo di informazione

Le funzioni aziendali hanno l'obbligo di informare l'OdV su:

- i risultati dell'attività di controllo che le funzioni stesse svolgono (es.: report, indici di controllo, etc.);
- le anomalie o le atipicità riscontrate nell'ambito del processo;
- eventuali inadeguatezze del Modello.

Le informazioni fornite all'OdV mirano a consentirgli di migliorare le proprie attività di pianificazione dei controlli.

- Segnalazioni su irregolarità o infrazioni del Modello: le segnalazioni sono obbligatorie; l'OdV prende in esame le segnalazioni a condizione che queste siano precise e circostanziate e che rechino indicazione di fatti precisi e concreti.
- Sul punto si veda Position Paper AOdV.

Argomenti di riflessione

PREMESSA

- Mancanza di una validazione preliminare dei modelli e necessità di aumentare i momenti di confronto fra aziende e istituzioni, in specie per comprendere le “linee guida” del pensiero della magistratura prima che le responsabilità siano accertate nell’ambito dei processi penali (cfr. le *US Federal Sentencing Guidelines*).
- E’ riconosciuto dalla magistratura che per le aziende non sarebbe di alcuno stimolo se ogni volta, in presenza di reati, il *compliance program* fosse giudicato inadeguato. Il giudice sa bene che, nel valutare, deve riferirsi alle condizioni di rischio accettabile esistenti e note ex-ante. Delicatezza della consulenza tecnica d’ufficio nell’ambito del procedimento, anche al fine di perseguire una ragionevole omogeneità nelle decisioni.

DESTINATARI

- Limitato grado di diffusione della conoscenza in materia di 231 nelle PMI, che pare non abbiano compreso l’importanza della norma.

REATI PERSEGUITI

- Vi è la diffusa sensazione che molte aziende, in specie le realtà diverse da quelle di più rilevanti dimensioni o di quelle più “esposte” con la PA, non abbiano compreso la portata assunta dalla norma in seguito all’estensione dei reati perseguiti (si pensi al falso in bilancio e ai delitti contro la personalità individuale).

...segue

CONDIZIONI PERCHE' SORGA LA RESPONSABILITA'

- E' necessaria una puntuale e condivisa individuazione delle condizioni in presenza delle quali sorge la responsabilità "penale". In particolare necessita rimarcare e diffondere qual è l'ambito di estensione della norma con riferimento alle realtà organizzate in forma di gruppo, ed in specie nei gruppi internazionali.
- Avuto riguardo agli attori dell'illecito, è pure necessario che le aziende riflettano in merito alla stipula di taluni contratti (agenzia, rappresentanza, distribuzione, ecc.)

SANZIONI

- La conoscenza della gradazione con cui i giudici commineranno le sanzioni è funzionale all'applicazione dei modelli di ERM, che adottano logiche basate sulla valutazione di probabilità e impatto dei rischi
- Sono in corso dibattiti su varie materie, ad esempio sui temi della confisca del profitto e del risarcimento del danno
- E' inoltre necessario riflettere sia sulla funzione rieducatrice della pena, sia sull'interesse all'occupazione e alla continuità aziendale

...segue

CONCLUSIONI

- Appare evidente un certo parallelismo fra il D.Lgs. 231/01 e la Sarbanes-Oxley: entrambe, infatti, prevedono la realizzazione di sofisticati modelli di controllo, pur con talune significative differenze derivanti dalla diversità delle motivazioni alla base della loro emanazione e, quindi, degli obiettivi associati a tali disposizioni
 - la “Sarbox” richiede obbligatoriamente l’adozione di stringenti sistemi di controllo per le società quotate e prevede la responsabilizzazione degli organi sociali e del revisore che devono comprovare la conformità del modello alle previsioni del PCAOB
 - la 231, invece, prevede la volontarietà nell’adozione del modello e non contempla la preliminare assunzione di responsabilità da parte di soggetti incaricati di “validare” ex ante (ovvero prima dell’eventuale procedimento penale) l’adeguatezza del modello
- La norma perseguirà i propri obiettivi, e le aziende implementeranno sistemi di successo finalizzati alla prevenzione dei reati (oltre che degli altri rilevanti rischi d’impresa) solo in presenza di una sempre maggiore diffusione di cultura aziendale.