

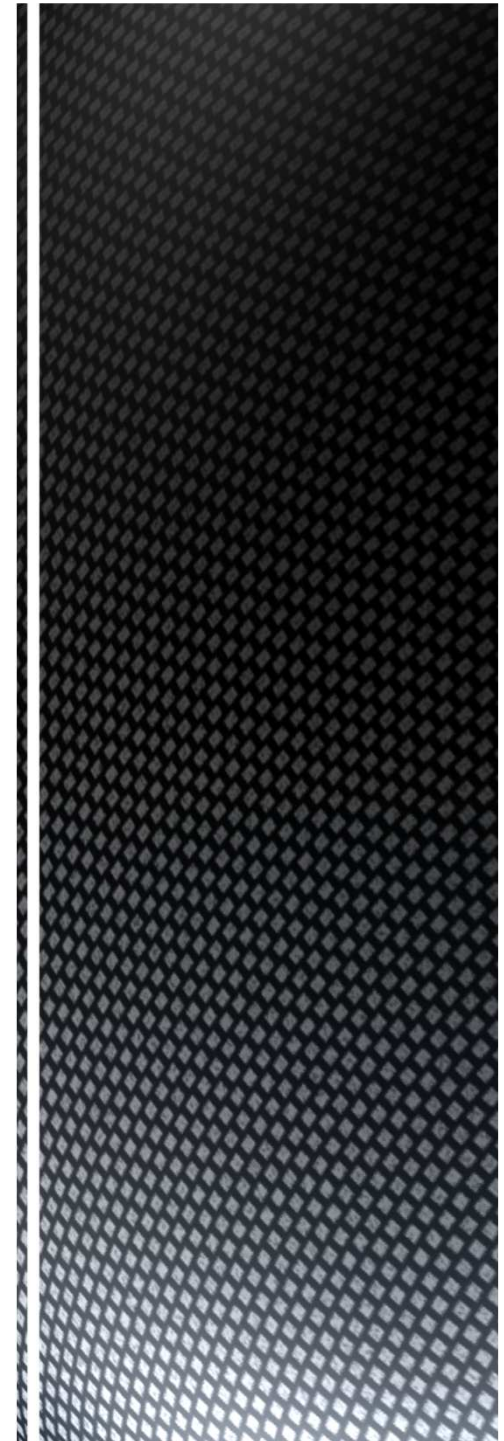
Il modello organizzativo ed il suo aggiornamento

Avv. Nicola Sbrenna, PhD

La responsabilità penale degli enti
(D. Lgs. 231/2001)

Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Perugia 23 settembre 2011



«... ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di *standards* doverosi, significa motivarlo all'osservanza degli stessi, e quindi a prevenire la commissione di reati da parte delle persone fisiche che vi fanno capo ...»

(Relazione al D. Lgs. 231/2001)

La base di partenza: il dato normativo

Art. 6 del D. Lgs. 231/2001 - **Soggetti in posizione apicale** e modelli di organizzazione dell'ente

Se il reato è stato commesso dai soggetti apicali l'ente non risponde **se prova che:**

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (**Modello**)
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (**OdV**)
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i Modelli (**Elusione fraudolenta**)
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza (**Vigilanza effettiva**)

La base di partenza: il dato normativo

Art. 7 del D. Lgs. 231/2001 - **Soggetti sottoposti all'altrui direzione** e modelli di organizzazione dell'ente

Nel caso dei soggetti sottoposti, l'ente rimane responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. **In ogni caso**, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un Modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi

La base di partenza: il dato normativo

Gli artt. 6 e 7 del D. Lgs. 231/2001 contengono inoltre alcuni principi cui il Modello deve uniformarsi per essere efficace nel caso di reato commesso da **apicale** o da **subordinato**

Art. 6 – (**Apicali**) I Modelli ... devono rispondere alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati (**Risk assessment**)
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (**Protocolli di comportamento**)
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati (**Controllo finanziario**)
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli (**Flussi informativi**)
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello (**Sanzioni per inosservanza**)

La base di partenza: il dato normativo

Gli artt. 6 e 7 del D. Lgs. 231/2001 contengono inoltre alcuni principi cui il Modello deve uniformarsi per essere efficace nel caso di reato commesso da **apicale** o da **subordinato**

Art. 7 – (**Subordinati**) Il Modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta (**Personalizzazione**), misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

L'efficace attuazione del Modello richiede:

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività (**Verifica e aggiornamento**)
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello (**Sanzioni per inosservanza**)

La base di partenza: il dato normativo

Anche il D. Lgs. 81/2008 contiene alcune disposizioni inerenti il Modello 231: queste spiegano quando il Modello è da ritenersi efficace in occasione di reati inerenti la salute e la sicurezza dei lavoratori

Art. 30 - Il Modello deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando ... l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

- a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici
- b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti
- c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza
- d) alle attività di sorveglianza sanitaria
- e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori
- f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori
- g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge
- h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

La base di partenza: il dato normativo

Sempre in base al predetto art. 30 del D. Lgs. 81/2008, il Modello:

- deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1
- deve ... prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello
- deve ... prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del Modello devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico

In sede di prima applicazione, i Modelli definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 **si presumono conformi** ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti.

I primi tentativi pratici: le Linee Guida Confindustria

La prima versione delle Linee Guida, elaborata nel **2002**, è stata approvata dal Ministero della Giustizia nel 2004.

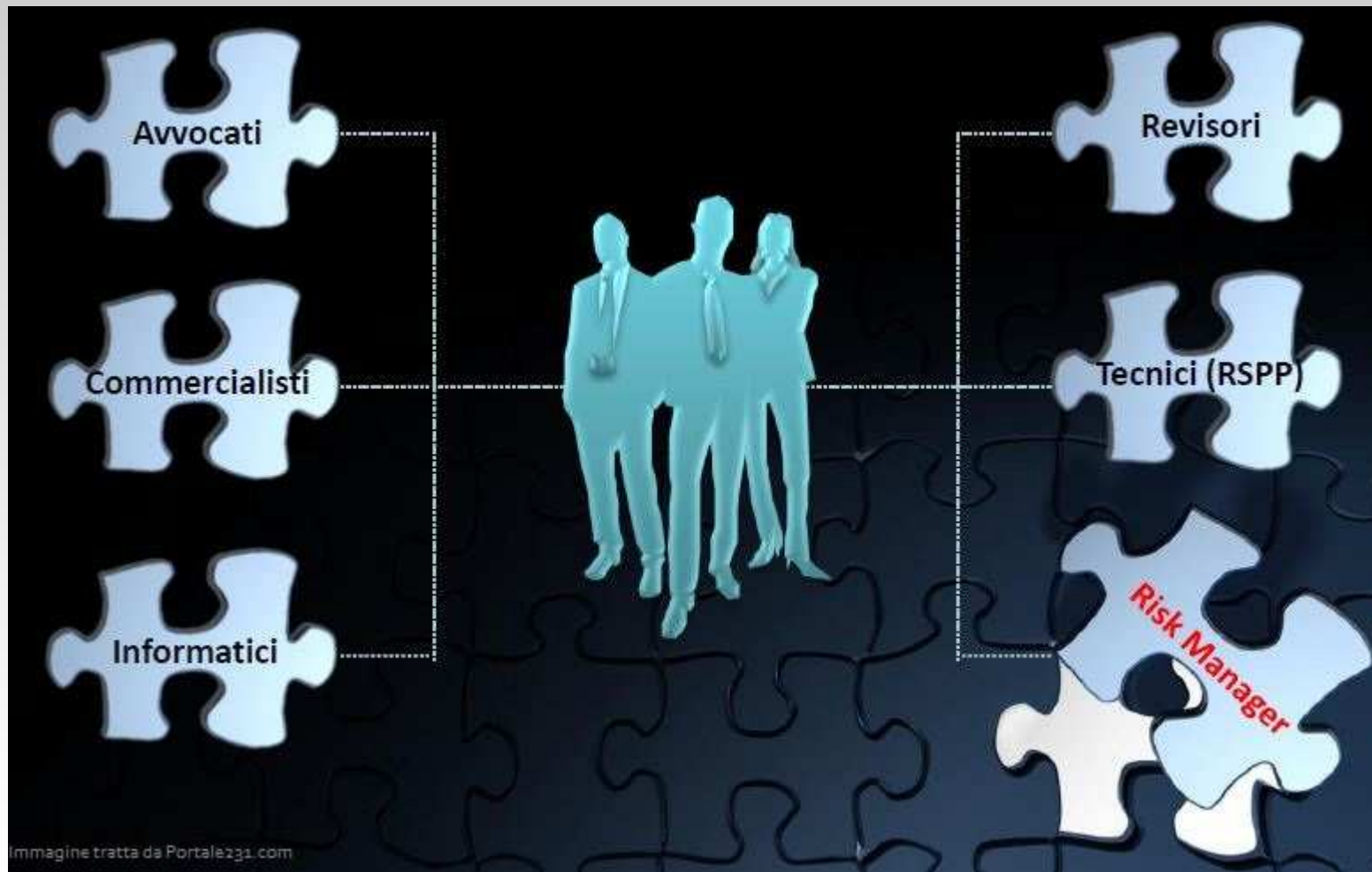
A seguito dei vari interventi legislativi in materia 231, Confindustria ha aggiornato le Linee Guida nel febbraio **2008**, poi approvate dal Ministero della Giustizia nel medesimo anno.

Anche altre associazioni di categoria hanno provveduto a pubblicare (ed aggiornare) proprie linee guida: Abi, Aie, Uni-Inail, Assosim, etc.

Ad ogni modo, nessun Modello è valido ed efficace se si limita a ricalcare pedissequamente il contenuto delle Linee Guida.

La costruzione di un Modello

La realizzazione di un Modello comporta notevole dispendio di **tempo** e di **risorse** sia da parte dell'azienda che decide di dotarsene, sia da parte dei professionisti che vengono coinvolti nel lavoro.



La costruzione di un Modello

L'approccio più corretto per predisporre un documento realmente efficace passa per **3** fasi successive, che tengono sempre conto...

- (a) del dettato normativo
- (b) della giurisprudenza più recente
- (c) delle Linee Guida eventualmente applicabili
- (d) delle peculiarità dell'azienda
- (e) delle indicazioni dell'OdV.

In dettaglio:

Fase 1 Lavori preliminari alla redazione del Modello

Fase 2 Redazione del Modello

Fase 3 Approvazione e aggiornamento del Modello

Fase 1 Lavori preliminari alla redazione del Modello

E' la fase più delicata in assoluto, perché se non correttamente condotta rende il Modello del tutto inutile (o difficile da applicare, perché intralcia le attività aziendali).

Consiste nello studio (realmente approfondito) della società nel suo complesso.

Il consulente prende contatti con le figure apicali dell'azienda e:

1. cerca di conoscere al meglio l'impresa (la sua struttura interna, la suddivisione dei poteri e dei ruoli, i rapporti con l'esterno, etc.)
2. distribuisce questionari (meglio se diversificati e firmati dagli intervistati) volti ad ottenere documentazione scritta – anche a sua tutela – inerente l'operatività aziendale
3. valuta sulla base delle informazioni ricevute quali, fra i reati 231, sono più probabili (**Risk Assessment**)
4. valuta sulla base delle informazioni ricevute quali sono le carenze più vistose nel sistema di funzionamento aziendale (**Gap analysis**)
5. elabora un vero e proprio piano d'azione per garantire l'efficacia del Modello una volta che verrà approvato (**Action plan**)

Fase 2 Redazione del Modello

Il Modello viene generalmente suddiviso in due parti:

A - PARTE GENERALE

1. INTRODUZIONE
2. PROCEDURA DI ADOZIONE DEL MODELLO
3. SISTEMA A TENDERE DELL'IMPRESA

B - PARTE SPECIALE

1. PRINCIPI GENERALI DI COMPORTAMENTO
2. PRINCIPI GENERALI DI PREVENZIONE
3. PROTOCOLLI SPECIFICI DI COMPORTAMENTO IN RELAZIONE A CIASCUNA AREA SENSIBILE

Fase 2 Redazione del Modello

A – PARTE GENERALE

L'**INTRODUZIONE** dovrebbe contenere, in genere:

1. alcuni cenni preliminari sul D. Lgs. 231/2001
2. un elenco (aggiornatissimo) dei reati presupposto
3. un elenco delle sanzioni 231

Fase 2 Redazione del Modello

A – PARTE GENERALE

La **PROCEDURA DI ADOZIONE DEL MODELLO** dovrebbe contenere, in genere:

1. la descrizione della metodologia applicata per la costruzione del Modello
2. la ricostruzione dell'iter di formazione del Modello
3. le modalità di attuazione e di implementazione del Modello
4. i sistemi di comunicazione e diffusione del Modello

Fase 2 Redazione del Modello

A – PARTE GENERALE

Il **SISTEMA A TENDERE DELL'IMPRESA** - ovvero il cuore del Modello - dovrebbe contenere, in genere:

1. l'indicazione delle principali aree di operatività dell'impresa
2. il riassunto della struttura organizzativa dell'impresa
3. le fattispecie criminose considerate rilevanti dal Modello
4. l'individuazione delle aree e dei soggetti sensibili
5. le modalità di gestione finanziaria
6. la determinazione delle risorse di controllo interno
7. il sistema e le regole di tracciabilità dei processi
8. l'impianto formativo in materia di 231 e di sicurezza (e di antiriciclaggio, se il soggetto è sensibile)
9. i meccanismi dei flussi informativi
10. i dettagli del sistema disciplinare
11. le caratteristiche e il regolamento dell'OdV
12. il codice etico*

Fase 2 Redazione del Modello

* **approfondimento:** il codice etico.

Il codice etico può definirsi come l'insieme dei diritti e dei doveri morali di ciascun soggetto che partecipa all'organizzazione aziendale. Deve contenere il richiamo:

- ai principi etici generali
- agli *standards* etici di comportamento (riassumibili nei principi di legalità, equità ed eguaglianza, tutela della persona, principi di diligenza, trasparenza, onestà, riservatezza, imparzialità, tutela ambientale, protezione della salute)
- al sistema sanzionatorio in caso di sua violazione
- al sistema di monitoraggio circa l'effettiva attuazione dei principi

Fase 2 Redazione del Modello

B - PARTE SPECIALE

Dovrebbe contenere:

I PRINCIPI GENERALI DI COMPORTAMENTO.

Ad esempio: «I destinatari del Modello adottano regole di condotta conformi alla legge, alle disposizioni presenti nel Modello e ai principi contenuti nel Codice Etico predisposto dalla Società, al fine di prevenire il verificarsi dei reati previsti dalla normativa di riferimento».

Fase 2 Redazione del Modello

B - PARTE SPECIALE

Dovrebbe contenere:

I PRINCIPI GENERALI DI PREVENZIONE.

Ad esempio: «Sono formalizzate le responsabilità di gestione, coordinamento e controllo all'interno della Società; sono formalizzati i livelli di dipendenza gerarchica; le fasi di formazione e i livelli autorizzativi degli atti della Società sono sempre documentati e ricostruibili; il sistema di deleghe e poteri di firma verso l'esterno è coerente con le responsabilità assegnate a ciascun amministratore, e la conoscenza di tali poteri da parte dei soggetti esterni è garantita da strumenti di comunicazione e di pubblicità adeguati».

Fase 2 Redazione del Modello

B - PARTE SPECIALE

Dovrebbe contenere:

I PROTOCOLLI SPECIFICI DI COMPORTAMENTO IN RELAZIONE A CIASCUNA AREA SENSIBILE.

Le Linee Guida di Confindustria definiscono i protocolli come «componenti di un sistema di controllo preventivo che dovranno essere attuati a livello aziendale per garantire l'efficacia del modello».

Molti protocolli, inoltre, possono richiamare integralmente o in parte procedure già presenti in azienda, come quelle relative al Sistema Qualità.

Ad esempio:

- precetti specifici in relazione ai reati contro la P.A.
- precetti specifici in relazione ai reati societari
- precetti specifici in relazione all'antiriciclaggio
- precetti specifici in relazione all'area salute e sicurezza, etc.

Fase 3 Approvazione e aggiornamento del Modello

Tutti i Modelli devono crescere e perfezionarsi nel tempo:

- **il legislatore introduce periodicamente nuovi reati che devono indurre l'OdV a integrare al più presto il Modello** (ad esempio, la violazione delle privative intellettuali è stata introdotta nel sistema 231 dal luglio 2009; i reati ambientali fanno parte delle fattispecie rilevanti 231 dall'agosto 2011)
- **l'OdV stesso deve formulare periodicamente osservazioni e controlli per rendere il Modello il più rispondente possibile alla realtà aziendale** (ad esempio, variazioni nell'organizzazione aziendale impattano sicuramente sull'operatività del Modello, che quindi va modificata)
- **la Giurisprudenza contribuisce in maniera rilevante a variare l'asset che deve caratterizzare ciascun Modello** (ad esempio, è ormai pacifico che nelle imprese di piccolissime dimensioni l'attività di controllo normalmente svolta da un OdV possa essere svolta direttamente dall'imprenditore)
- **le altre aziende introducono al loro interno nuovi principi gestionali (c.d. *best practises*) che possono impattare positivamente sul Modello** (ad esempio, la prassi della fatturazione elettronica, comunemente adottata dalle imprese del nord Europa, agevola anche le attività di verifica sul Modello)

In conclusione

Almeno **4** sono i vantaggi che è possibile ottenere costruendo e facendo rispettare un Modello aggiornato, efficace e funzionale:

1. **esonero dalla responsabilità penale dell'impresa.** Le sanzioni ex D. Lgs. 231/2011 non possono essere applicate in caso di adozione di un valido Modello.
2. **perfezionamento gestionale.** Il Modello, quasi sempre, contribuisce a razionalizzare i processi interni alle aziende, migliorandoli e rendendoli più snelli e sicuri.
3. **miglioramento dell'immagine imprenditoriale.** Il Modello è anche una ingegnosa operazione di marketing, che eleva automaticamente l'impresa fra quelle di «fascia alta».
4. **promozione della cultura e dell'integrità aziendale.** Il Modello, assieme al codice etico, è l'occasione per veicolare al personale, ai fornitori e ai clienti, principi che non è frequente vedere formalizzati nelle aziende italiane.

Fine

perugia@glplex.it | 075 5722464

milano@glplex.it | 02 89692111