ANDREA PADOAN

Ruoli e opportunità del professionista e dell'impresa nell'ambito della disciplina amministrativa degli enti ex d.lgs. 231/2001

«I lunedì dell'Ordine»
18 giugno 2017

Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova

INDICE

- Il D. Lgs. 231/2001: la normativa
- Il presupposto oggettivo e soggettivo
- Il «catalogo» dei reati
- Il sistema sanzionatorio per gli enti
- Il fattore «esimente»
- Il Modello organizzativo 231
- Il Codice etico
- L’Organismo di Vigilanza
- Whistleblowing
- Opportunità per l’impresa

IL D. LGS. 231/2001: LA NORMATIVA

La normativa
La disciplina giuridica pre-D.Lgs. 231/2001

Prima del D.Lgs. 231/2001 la situazione era questa:

- **Assenza** di un sistema normativo che prevedesse conseguenze sanzionatorie dirette nei confronti di enti, per reati posti in essere a vantaggio di questi ultimi da amministratori, dirigenti o dipendenti ("*societas delinquere non potest*")
- **Presenza** ex artt.196 e 197 c.p. di un obbligo per l'ente di farsi carico del pagamento di multe e ammende:
  - inflitte personalmente al rappresentante legale e all'amministratore
  - in caso di insolvenza dei soggetti che hanno compiuto il reato

La normativa
D.Lgs. 231/2001

Per la prima volta nell’ordinamento italiano, superando il vetusto dogma ***societas delinquere non potest***, viene introdotta una forma di responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi che assume i connotati di una responsabilità di tipo penale

La normativa
D.Lgs. 231/2001

Il D.Lgs. 231/2001 ha introdotto la **responsabilità amministrativa degli Enti** per taluni reati ed illeciti amministrativi compiuti nel loro **interesse** o a loro **vantaggio** da **soggetti che rivestono una posizione apicale** nella struttura dell'ente o da **soggetti sottoposti alla vigilanza** di questi ultimi, **anche non in organigramma**, prevedendo **l'esclusione (o limitazione) della responsabilità** amministrativa dell'ente qualora l'ente stesso dimostri di aver **adottato e attuato efficacemente** **"Modelli di organizzazione, gestione e controllo"** **idonei a prevenire i reati della specie**.

La normativa
D.Lgs. 231/2001

Si passa dal principio

SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

Al nuovo dogma

SOCIETAS DELINQUERE POTEST

La responsabilità dell'Ente
si aggiunge a quella delle persone fisiche!

La normativa
Finalità

Col D.lgs. 231/01 il legislatore ha inteso contrastare quei fenomeni di criminalità che si annidano dietro lo schermo della personalità giuridica, o comunque in quegli interstizi che separano la persona fisica dagli enti collettivi, che di essa rappresentano la *longa manus*. Già da tempo, infatti, apparivano oramai inadeguate/ingiuste le sanzioni (anche di natura penale) inflitte alle singole persone fisiche componenti l'organigramma societario: o perché il reato non era ad essi direttamente riconducibile o perché comunque la loro condanna in nulla intaccava la possibilità per l'impresa di far propri i guadagni illecitamente conseguiti e di reimpiegarli sul mercato, falsando così l'operatività del naturale principio di concorrenza.

IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO E SOGGETTIVO

I due presupposti di responsabilità dell’ente

Oggettivo e soggettivo

Due **presupposti** perché l‘Ente sia considerato responsabile:

- Il primo è **oggettivo**: il reato deve essere stato commesso nell‘interesse dell'ente o a suo vantaggio; così, se il reo ha agito nell'interesse esclusivamente proprio o di terzi, l'ente non ne sarà responsabile.

- Il secondo presupposto, **soggettivo**, è riferito all'autore materiale del reato e presenta aspetti problematici. **Il reato deve essere stato commesso da soggetti apicali**:
  - da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione, anche se di sola unità organizzativa dell'ente, ma dotata di autonomia finanziaria e funzionale;
  - da persone che esercitano, **anche di fatto**, la gestione o il controllo dell'ente;

  oppure da persone soggette alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti appena citati ed indicati come **sottoposti**.

Il presupposto oggettivo
Sintesi

Presupposto oggettivo

L'Ente è responsabile per i «reati presupposto» commessi:

nel suo interesse, oppure **a suo vantaggio**.

La responsabilità dell'ente è **esclusa** allorché il *sottoposto* oppure l'apicale abbiano **agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi**.

Qualora il **Collaboratore della Società**, che ha commesso il reato, avesse agito illecitamente per averne **un ritorno economico o un vantaggio solo personale**:

la Società **non** ne sarà responsabile non avendone avuto «interesse o vantaggio».

Il presupposto oggettivo
Soggetti apicali

L'Ente potrà beneficiare del cosiddetto "**fattore esimente**" fornendo la prova (cd. «inversione della prova») delle seguenti circostanze:

1. l'adozione di un "Modello di organizzazione, gestione e controllo" **idoneo a prevenire i "reati presupposto"**;
2. il **compito di vigilare** sul funzionamento e sull'osservanza del "Modello" e di curarne l'aggiornamento è stato affidato ad un "**Organismo di Vigilanza**", dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo;
3. l'autore del reato ha eluso "**fraudolentemente**" il "Modello" adottato;
4. **non vi è stata omessa od insufficiente vigilanza** da parte dell'"Organismo di Vigilanza".

Il presupposto oggettivo
Soggetti sottoposti

Ai sensi dell'art. 7 del D. Lgs. 231/01, qualora il "reato presupposto" sia stato **commesso da un "sottoposto"**, l'ente sarà responsabile allorché la commissione dell'illecito sia stata **resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza**.

Simili obblighi si presumono osservati allorché l'ente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione dell'illecito, "Modelli di organizzazione, gestione e controllo" idonei a prevenire "reati presupposto" della specie di quelli verificatosi.

Onere della prova
Fase processuale

	Autore del reato	
Soggetto	Apicale	Sottoposto
Onere della prova	spetta all'Ente	spetta al magistrato
Oggetto della prova	Esistenza di un efficace Modello Organizzativo + elusione fraudolenta	Inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza

IL «CATALOGO» DEI REATI

Modifiche e integrazioni

Essere aggiornati

2001 focus relazioni con la PA

+

Oltre 20 modifiche

→

Oggi 12 famiglie di reati

Legge 409/2001	Legge 99/2009
Legge 366/2001	D.Lgs 121/2011
D.Lgs 61/2002	D.Lgs 109/2012
Legge 7/2003	Legge 190/2012
Legge 228/2003	D.L. 93/2013
Legge 62/2005	Legge 68/2015
Legge 262/2005	Legge 69/2015
Legge 7/2006	D.Lgs. 7 e 8/2016
D.Lgs 152/2006	D.Lgs. 125/2016
Legge 146/2006	Legge 199/2016
Legge 123/2007	Legge 161/2017
D.Lgs 231/2007	Legge 167/2017
Legge 48/2018	D.Lgs. 38/2017
Legge 94/2009	D.Lgs. 21/2018

I reati «presupposto» del Decreto
Il «Catalogo» (1/3)

Le «categorie di reati»:

1. Induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione (10) (2001-2012)
2. Truffa aggravata ai danni dello stato (2) (2001)
3. Frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico (1) (2001)
4. Reati in tema di erogazioni pubbliche (5) (2001)
5. Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico (1) (2003)
6. Delitti contro la personalità individuale (8) (2003-2016)
7. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (1) (2006)
8. Reati societari (16) (2002-2012-2015-2017)

I reati «presupposto» del Decreto
Il «Catalogo» (2/3)

9. Reati di abuso di mercato (2) (2005)
10. Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (2) (2007)
11. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio (4) (2007-2014)
12. Delitti informatici e trattamento illecito di dati (10) (2008 – 2016)
13. Reati di falso nummario (9) (2001-2009)
14. Delitti di criminalità organizzata (7) (2009- 2015)
15. Delitti contro l'industria e il commercio (8) (2009)
16. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore (7) (2009)

I reati «presupposto» del Decreto
Il «Catalogo» (3/3)

17. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (1) (2009)

18. Intralcio alla giustizia (2)

19. Reati ambientali (21) (2011-2015)

20. Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (1) (2012)

21. Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi per enti che operano nell´ambito della filiera degli oli vergini di oliva] (9) (2013)

22. Reati transnazionali (L. n. 146/2006) [Reati commessi in modalità transnazionale] (7) (2006) Più di 100 fattispecie di reato. Elenco aggiornato per interventi del legislatore al marzo 2017 («nuova» corruzione tra privati).

Più di 100 fattispecie di reato.
Elenco aggiornato per interventi del legislatore al marzo 2017 («nuova» corruzione tra privati).

IL SISTEMA SANZIONATORIO PER GLI ENTI

Il sistema sanzionatorio per gli Enti
Introduzione

Le sanzioni comminabili all'ente sono di natura:

1. **sanzioni interdittive** (interdizione e sospensione dell'attività, divieto di contrarre con la PA, esclusione da finanziamenti pubblici) (applicabile anche in via cautelare, in corso di indagine, in presenza di gravi indizi e con possibilità di iterazione del reato).

2. **sanzione pecuniaria** fino ad un massimo di Euro 1.549.370,69 e sequestro conservativo in sede cautelare (sistema delle "quote") (applicabile solo con sentenza, in alcuni casi potrebbe essere valore non elevato).

3. **pubblicazione su stampa della sentenza di condanna** (solo a seguito di sentenza). Rimane traccia nel casellario giudiziale degli enti.

4. **confisca del profitto** che l'ente ha tratto dal reato (sequestro conservativo, in sede cautelare per Termovalorizzatore di Acerra e in sede di sentenza: Thyssen – Krupp)

Il sistema sanzionatorio per gli Enti
Sanzioni interdittive

Ad esclusione dei soli reati di cui agli artt. 25-ter (criminalità organizzata) e 25-sexies (*market abuse*) del D. Lgs. 231/01, le sanzioni interdittive applicabili sono:

- **interdizione** dall'esercizio dell'attività
- **sospensione** o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito
- **divieto di contrarre con la pubblica amministrazione**, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio
- **esclusione da agevolazioni**, finanziamenti, contributi o sussidi, e la revoca di quelli eventualmente **già concessi**
- **divieto di pubblicizzare** beni o servizi.

Il sistema sanzionatorio per gli Enti
Sanzioni pecuniarie

La sanzione pecuniaria, sempre applicabile, è determinata, **sulla base di un sistema di quote (Valore X Numero), in funzione della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente** e del comportamento da questo rivestito nonché sulla base delle condizioni economico-patrimoniali dell'ente.

La finalità è quella di quantificare ad hoc una sanzione concretamente afflittiva.

La responsabilità è personale ed esclusiva dell'ente, il quale ne risponde con il suo patrimonio, **anche in ipotesi di intervenuta modificazione soggettiva** per effetto di operazioni di trasformazione, fusione, scissione, cessione [di ramo] d'azienda.

IL FATTORE «ESIMENTE»

MOG
Il fattore esimente

L'Ente non risponde se dimostra di avere "adottato ed efficacemente attuato" un

"Modello di organizzazione, gestione e controllo"

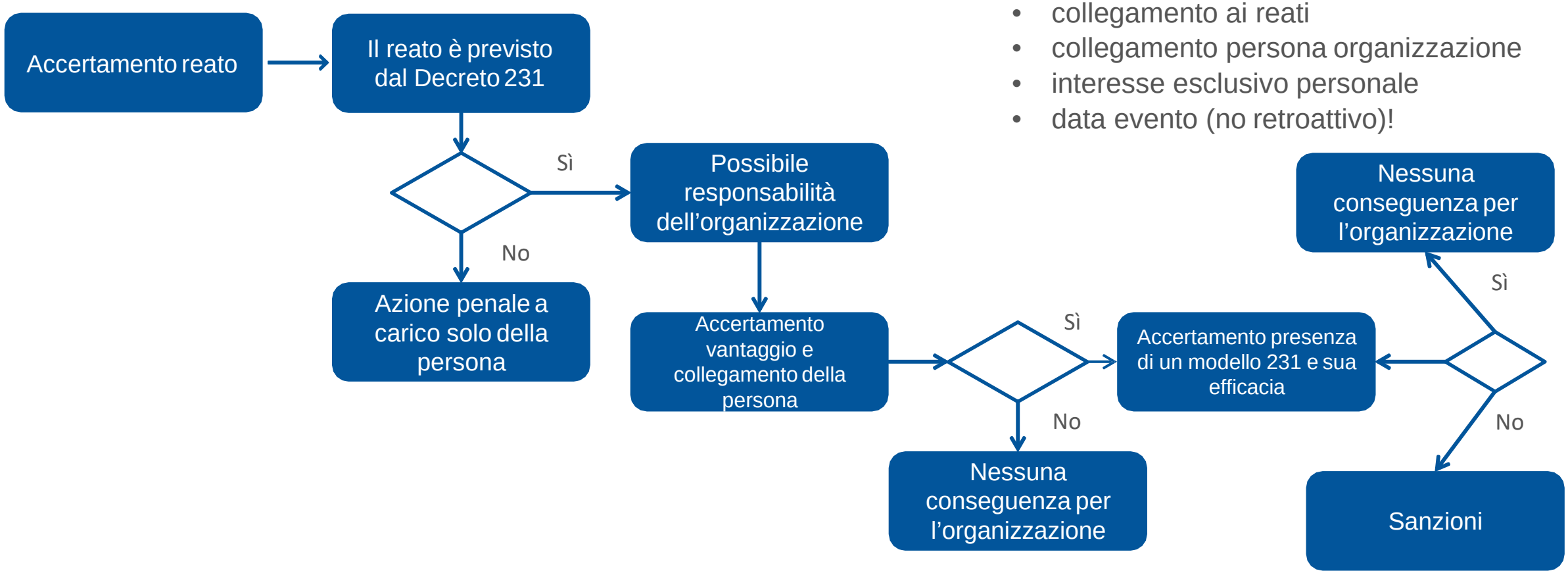
idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa fattispecie di quello verificatosi.

L'Ente non è responsabile e **non subisce sanzioni** (a parte la confisca) allorché **l'apicale o il sottoposto abbiano agito** senza rispettare il Modello 231 ed evitando i controlli (ossia "**in modo fraudolento**") o nell'**interesse proprio o di terzi**.

Fattore esimente
Riepilogando

I 4 punti cardinali:

- collegamento ai reati
- collegamento persona organizzazione
- interesse esclusivo personale
- data evento (no retroattivo)!



IL MODELLO ORGANIZZATIVO 231

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo
Cos'è

- **È un sistema** di principi, procedure, protocolli, regole, disposizioni, schemi organizzativi, compiti e responsabilità che deve essere **funzionale al controllo e al monitoraggio delle attività a rischio** di commissione dei reati «presupposto» (reati 231) **al fine di prevenirne la commissione**.
- È inoltre lo **strumento con cui l'Ente** comunica al proprio interno e all'esterno la **non tolleranza di illeciti** e che tali comportamenti sono contrari ai principi definiti nel proprio Codice Etico.

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo
Come realizzarlo

- Le società hanno la facoltà di elaborare i propri "*Modelli di organizzazione, gestione e controllo*" sulla base della Linee Guida eventualmente **predisposte dalle associazioni di categoria** cui aderiscono.
- Il Ministero della Giustizia, a seguito dell'invio di simili Linee Guida, può formulare proprie osservazioni e suggerimenti.
- Le Linee Guida hanno dunque la **funzione di "guidare" gli associati** nella elaborazione di un proprio "*Modello di organizzazione, gestione e controllo*" che deve essere effettivamente costruito sulla realtà di ogni singolo ente.

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo

I requisiti per la sua efficacia

Il "*Modello di organizzazione, gestione e controllo*" deve rispondere ai seguenti **requisiti**:

1. individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i "reati presupposti" ("**mappatura dei rischi**");
2. prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'azienda in relazione ai reati da prevenire ("**protocolli**");
3. costituire un Organismo di Vigilanza che provveda al controllo dell'applicazione del Modello, alla sua verifica e aggiornamento, e prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'"OdV" (**flussi informativi in entrata e uscita**);
4. introdurre un Sistema disciplinare o sanzionatorio idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello (**Sistema sanzionatorio**);
5. occuparsi dell'attività di formazione verso il personale, sull'applicazione del modello (**formazione**).

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo

La struttura del modello

La struttura non è stabilita da alcuna norma: nella **prassi** («*best practice*») si tratta di un documento che si compone di :

- una **Parte Generale** in cui si espone come l'ente ha recepito il dettato legislativo e le caratteristiche dell'OdV;
- una o più **Parti Speciali** in relazione alle diverse tipologie di reati realizzabili, nella quali si identificano le aree sensibili, le procedure volte a evitare il verificarsi degli illeciti ed il livello di rischio esistente;
- un **Codice Etico** con una parte relativa ai comportamenti in particolare volti ad evitare le commissione dei reati in "catalogo";
- un **sistema di protocolli** sviluppate *ad hoc* per la prevenzione dei reati 231;
- un **sistema di procure** e **deleghe** coerente con l'organizzazione aziendale e i ruoli in essere.

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo

Altri riferimenti di governance e gestionali

Sistema di Governance della Società
(Statuto, Assemblea, Consiglio di Amministrazione, Collegio sindacale, Comitati)

Delibere dell'Assemblea, del Consiglio di Amministrazione, comunicazioni del Presidente, controlli e delibere del Collegio Sindacale

SISTEMA DEI POTERI E ORGANIZZATIVO (sistema delle procure, delle deleghe, organigrammi, nomine, mansionari, ecc.)

MODELLO ORGANIZZATIVO ex D. Lgs. 231/01

SISTEMI GESTIONALI: Qualità 9001, Sicurezza sul lavoro 18001, Ambientale 14001, Sicurezza dei dati 27001, Privacy GDPR, Certificazione di bilancio

Adempimenti ex D.Lgs. 81/08: DVR, Delega del Datore di lavoro, RSPP, dirigenti, preposti, RLS e altre nomine

SISTEMA INFORMATICO E APPLICATIVI : procedure di gestione dei dati e delle registrazioni (applicativi gestionali)

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo
I Destinatari

Il Modello è oggetto di applicazione da parte del **Consiglio di Amministrazione** e da tutte le persone legate da **rapporti di lavoro subordinato** con la Società.

In particolare, i **Fornitori** e i **Partner** della Società, come anche i **Collaboratori esterni**, sono tenuti ad osservare il Codice Etico quando trattano o agiscono in nome e per conto del Società stessa.

Tutti questi soggetti, sia interni che esterni alla Società, operanti, direttamente o indirettamente, per la Società (es. **procuratori, agenti, collaboratori a qualsiasi titolo, consulenti, fornitori, partner commerciali**, quale che sia il rapporto che li lega alla stessa), sono definiti nel modello anche con il termine di “Destinatari”.

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo

Il grado di conoscenza del modello da parte dei Destinatari

Tutti i Destinatari devono avere conoscenza del Modello, alcune categorie devono porre maggiore enfasi su alcuni aspetti:

- **Amministratori, Sindaci, «Apicali», Organismo di Vigilanza**: il Modello 231 nella sua interezza;
- **Responsabili di funzione**: Parti speciali («mappatura» dei rischi), Codice etico, Linee di condotta, Procedure applicabili, Organigrammi, Procure.
- **Dipendenti**: Codice etico, Linee di condotta, Procedure applicabili, Organigrammi, Procure.
- **Fornitori, Professionisti, Agenti, Procacciatori**: Codice etico, Procedure «applicabili» e Linee di condotta (in alcuni casi), rispetto delle clausole contrattuali.

IL CODICE ETICO

Il Codice Etico
Cos'è

- Il Codice Etico può definirsi come un **insieme di diritti e dei doveri** morali di ciascun soggetto che partecipa all'organizzazione aziendale.
- Il Codice Etico definisce la **responsabilità etico-sociale** dell'impresa.
- Il Codice Etico costituisce **la base dell'Etica** dell'impresa nel riconosciuto ruolo dell'impresa sia nell'ambito del contesto sociale sia per lo sviluppo della società civile.

Il Codice Etico
Le finalità

Il Codice Etico ha come finalità di perseguire un ambiente aziendale che orienti tutti i soggetti a vario titolo partecipi ad **assumere una posizione non "insofferente" ma "osservante"** nei riguardi delle leggi affinché l'azienda persegua i valori della legalità e del civismo.

Il Codice Etico deve contenere il richiamo:

- ai principi etici generali;
- agli "standard" etici di comportamento, riassumibili nei:
  - Principi di legalità;
  - Equità ed eguaglianza;
  - Tutela della persona;
  - Principio 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, le segnalazioni in merito alle violazioni.

Il Codice Etico

Le finalità

ESTERNI

Funzionale a OBIETTIVI

INTERNI

INTEGRITÀ / CONDOTTA

Funzionale a COMPORTAMENTI

CULTURA / CONDIVISIONE

Il Codice Etico
In sintesi

Esprime gli **impegni** e le **responsabilità etiche** nella conduzione degli affari e delle attività aziendali assunti dai collaboratori della Società, siano essi amministratori o dipendenti.

Il Codice Etico definisce le **linee guida** e le **norme alle quali attenersi** per il rispetto dei principi generali e per prevenire il rischio di comportamenti non etici.

Il Codice Etico
I Destinatari

I Destinatari del Codice Etico sono gli **Amministratori**, i **Sindaci**, i **Medici**, i **Dipendenti** e i **Collaboratori** della società, nonché tutti coloro che, direttamente o indirettamente, stabilmente o temporaneamente, instaurano rapporti o relazioni con la società nell'ambito della quale operano per perseguirne gli obiettivi.

L’ORGANISMO DI VIGILANZA

L’OdV
Introduzione

- Il compito dell’Organismo di Vigilanza risulta particolarmente complesso: non esiste, infatti, una disciplina organica che stabilisca le modalità attraverso le quali debbano essere concretamente svolti i suoi compiti.
- La dottrina, la giurisprudenza e le associazioni di categoria hanno fornito, in questi anni, utili indicazioni. I principi di massima, però, devono essere contestualizzati nell’operatività dell’Organismo di Vigilanza, che si troverà ad operare in settori differenti con organizzazioni e problematiche diverse.

L’OdV
Introduzione

- Il compito dell’Organismo di Vigilanza risulta particolarmente complesso: non esiste, infatti, una disciplina organica che stabilisca le modalità attraverso le quali debbano essere concretamente svolti i suoi compiti.
- La dottrina, la giurisprudenza e le associazioni di categoria hanno fornito, in questi anni, utili indicazioni. I principi di massima, però, devono essere contestualizzati nell’operatività dell’Organismo di Vigilanza, che si troverà ad operare in settori differenti con organizzazioni e problematiche diverse.

La normativa
D.Lgs. 231/2001

Art. 6 co. 1 D.lgs. 231/2001

1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

   […]

   b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un **organismo dell'ente** dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

La normativa
D.Lgs. 231/2001

Art. 6 co. 2 D.lgs. 231/2001

1. 2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

   [...]

   d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'**organismo deputato a vigilare** sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

La normativa
D.Lgs. 231/2001

Art. 7 co. 4 D.lgs. 231/2001

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;

b. un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

I requisiti
Autonomia ed indipendenza

Autonomia

L'autonomia va intesa in senso non meramente formale, nel senso che è necessario che l'ODV:

1. sia dotato di **risorse** (anche finanziarie) adeguate;
2. possa avvalersi di **strumentazioni**, **supporti** ed **esperti** nell'espletamento della sua attività di monitoraggio;
3. sia dotato di effettivi **poteri di ispezione e controllo**;
4. abbia possibilità di **accesso alle informazioni aziendali** rilevanti.

I requisiti
Autonomia ed indipendenza

Indipendenza

I componenti dell'OdV non devono trovarsi in una posizione, neppure potenziale, di **conflitto di interessi** con l'ente né essere titolari all'interno della stessa di funzioni di tipo esecutivo che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul modello.

I requisiti
Onorabilità

Pur non contenendo il D.Lgs. n. 231/2001 alcuna indicazione esplicita circa i **requisiti di onorabilità** dei componenti l'ODV, è nella logica del Decreto, e quindi assolutamente necessario, oltre che opportuno per ragioni di coerenza di sistema, ed anche per rispondere alle censure che potrebbero essere sollevate in sede giudiziaria (G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007 e G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanza in data 09.11.2004), che il modello organizzativo, anche per rinvio ad altri settori della normativa vigente, preveda specifiche cause di ineleggibilità quale componente del citato organo di controllo e di incompatibilità alla permanenza nella carica quali, a titolo esemplificativo:

- la condanna con sentenza anche non irrevocabile per aver commesso uno dei **reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001**;
- la condanna ad una pena che comporta l'**interdizione**, anche temporanea, **dai pubblici uffici** ovvero l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche;
- l'esistenza di **procedimenti penali** pendenti per uno dei reati di cui al D.Lgs. n. 231/2001.

I requisiti
Professionalità

Connotato riferito al **bagaglio di strumenti e tecniche** che l'organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata.

[G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 20 settembre 2004, «*il possesso di specifiche competenze in tema di attività ispettiva e di analisi, e delle connesse tecniche, sono stati individuati come indispensabili requisiti dell'ODV*»]

I requisiti
Continuità di azione

Per soddisfare la previsione di cui all'art. 6, comma 1, lettera d) [«*d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*»], e quindi per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello articolato e complesso, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni, si rende necessaria la presenza di una **struttura interna dedicata** esclusivamente ed a tempo pieno all'attività di vigilanza sul modello organizzativo priva, come detto, di mansioni operative che possano portarla ad assumere decisioni con effetti economico-finanziari.

I compiti

1. **Vigilanza sull'effettività del modello**, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;

2. **Disamina in merito all'adeguatezza del modello**, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti;

3. Analisi circa il **mantenimento nel tempo** dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;

4. Cura del necessario **aggiornamento in senso dinamico** del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni per garantire che il modello si mantenga "adeguato" nel tempo;

5. **Segnalazione**, segnatamente documentale, all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, di quelle *violazioni accertate del modello organizzativo* che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente.

I poteri
1/2

L'OdV deve essere dotato, come specifica il D.Lgs. n. 231/2001 [articolo 6, 1° comma, lett. b) D. Lgs. n. 231/2001] di **autonomi poteri di iniziativa e di controllo**, ovvero di strumenti adeguati per poter verificare l'idoneità e la puntuale e completa attuazione delle procedure codificate per la prevenzione degli illeciti e in ciascuna delle aree di rischio individuate in seno all'ente.

Per poter efficacemente operare in tal senso, fondamentale risulta **l'autonomia nei confronti degli organi di direzione ed amministrazione** dell'ente che deve caratterizzare le fasi dell' “iniziativa” e del “controllo”.

I poteri
2/2

L'organismo dovrà essere munito della capacità di decidere cosa, quando, e come esplicare la propria fondamentale funzione di controllo, agendo in modo indipendente dalle altre funzioni ed organi di vertice dell'ente, in quanto sono essi stessi destinatari dell'attività ispettiva.

Inoltre, molto significativa, evidentemente, è la **facoltà di attivarsi** (con criteri di autonomia) nella **richiesta di informazioni, dati e documenti** verso tutte le componenti interne dell'ente.

Ulteriori, fondamentali, prerogative dell'OdV sono:

1. la facoltà di eseguire interviste e raccogliere segnalazioni;
2. dotazione di risorse proprie ovvero, ove necessario, ricorrere a consulenti esterni.

I flussi informativi destinati all’Organismo di Vigilanza

1. Per iscritto, tramite **raccomandata** con avviso di ricevimento (Raccomandata A.R.);
2. Per iscritto, riponendo la segnalazione e altra documentazione pertinente nella **cassetta postale** chiusa a chiave dedicata;
3. A mezzo **email** (possibilmente con dominio esterno all’azienda);
4. Tramite **incontri diretti** con l’Organismo di Vigilanza, previo appuntamento;
5. Sistema di **Whistleblowing** (se implementato).

I flussi informativi destinati all'Organismo di Vigilanza
Whistleblowing

Art. 2 Legge 30 novembre 2017, n. 179

All'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001 dopo il comma 2 sono inseriti i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater.

«2-bis. I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono:

[…]

b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;»

Quando segnalare un illecito?
L’interesse o il vantaggio dell’Ente

Art. 5 D.lgs. 231/2001
Responsabilità dell'ente

1. L'ente è responsabile per i reati commessi **nel suo interesse** o **a suo vantaggio**:
   a) da 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 nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;
   b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).
2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Quando segnalare un illecito?

Presupposto oggettivo e soggettivo

PRESUPPOSTO OGGETTIVO

Commissione di alcuni reati tassativamente elencati nel D.Lgs. 231/2001

*nell'**INTERESSE***
o
*a **VANTAGGIO***

della Società

PRESUPPOSTO SOGGETTIVO

Reati compiuto da:

- ***Soggetti in posizione apicale*** *(con funzioni di rappresentanza, direzione, amministrazione, gestione e controllo anche di fatto dell'ente o di unità autonome)*
- ***Persone sottoposte a direzione o vigilanza*** *(dipendenti, collaboratori, agenti, ecc.)*

Quali attività in presenza di un possibile incarico?
Il ruolo del commercialista

FASE PRELIMINARE

- Acquisizione della documentazione
- Accettazione dell'incarico
- Incontro con CdA/Direzione dell'Azienda

INSEDIAMENTO

- Attività iniziali dell'OdV (regolamento, etc)
- Pianificazione dell'attività dell'OdV
- Comprensione e analisi dei flussi informativi

FASE OPERATIVA

- Attività di vigilanza e verifica dell'OdV (*audit periodici*)
- Verbalizzazione e monitoraggio
- *Follow up*

Quali attività in presenza di un possibile incarico?
Fase preliminare

Acquisizione della documentazione

- Acquisizione della documentazione della società
- Acquisizione della documentazione relativa al modello

Accettazione dell'incarico

- Formalizzazione dell'incarico con accettazione

Incontro con CdA/Direzione dell'Azienda

- Analisi della documentazione acquisita e confronto con direzione aziendale.
- Analisi del verbale di nomina dell'ODV e verifica sulla delibera del budget di spesa ad esso attribuito.
- Predisposizione del Libro dell'ODV (se non già esistente)
- Acquisizione ed analisi degli ultimi verbali dell'ODV (se già esistenti)
- Richiesta attivazione della casella di posta elettronica dell'ODV (se non già esistente)
- Circolarizzazione flussi informativo verso OdV a tutta la struttura della società

Quali attività in presenza di un possibile incarico?
Insediamento

Attività iniziali dell'OdV (regolamento, etc)

- Redazione o ridefinizione del Regolamento dell'Odv.
- Approvazione dello stesso con contestuale nomina del Presidente (se non nominato dal CDA) e del Segretario

Pianificazione dell'attività dell'OdV

- Programma di lavoro dell'OdV sulla base della Risk Analysis (orizzonte temporale variabile)
- Valutazione di coinvolgimento consulenti esterni (*budget*)
- Condivisione del programma con CdA/Direzione Generale

Comprensione e analisi dei flussi informativi

- Mappatura dei flussi informativi (tenendo conto di quanto contenuto nel Modello) : soggetti coinvolti, flusso e periodicità
- Integrare la mappatura con eventuali flussi informativi integrativi

Quali attività in presenza di un possibile incarico?
Fase operativa

Attività di vigilanza e verifica dell'OdV (*audit periodici*)

- Programmazione delle interviste con soggetti apicali, *Internal Auditor,* responsabili di funzione e altri organi della società.
- Audit su aree a rischio elevato (Parte Speciale) con richiesta documentazione a supporto e analisi risultanze

Verbalizzazione e monitoraggio

- Verbalizzazione audit e/o di incontro dell'OdV da riportare a libro nelle modalità stabilite da regolamento.
- Flusso informativo da OdV a CdA /CS: periodico/continuativo
- Relazione annuale dell'OdV a CdA/CS

Follow up

- Verifica dell'attuazione e della effettiva funzionalità delle soluzioni proposte

IL WHISTLEBLOWING

Il Whistleblowing
Blowin' in the wind

How many roads must a man walk down Before
you can call him a man?

Yes, 'n' how many times can a man turn his head,
Pretending he just doesn't see?

The answer, my friend, is blowin' in the wind,
The answer is blowin' in the wind.

«Blowin' in the wind»
Bob Dylan

Il Whistleblowing
La figura del Whistleblower

«***Whistleblower***» è chi conosce di un illecito o di un'irregolarità sul luogo di lavoro, durante lo svolgimento delle proprie mansioni, e decide di segnalarlo a una persona o a un'autorità che possa agire efficacemente al riguardo.

Pur rischiando atti di ritorsione a causa della segnalazione, egli svolge un ruolo di interesse pubblico, dando conoscenza di problemi o pericoli all'ente di appartenenza o alla comunità.

Il «***whistleblowing***», quindi, è l'attività di regolamentazione delle procedure volte a incentivare e proteggere tali segnalazioni.

Il Whistleblowing
Normativa (1/2)

Legge 30 novembre 2017, n. 179

«Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato»

In vigore dal **29 dicembre 2017**

Si compone di **3 articoli** e mira, soprattutto, alla tutela dei lavoratori segnalanti

Il Whistleblowing
Normativa (2/2)

Art. 2 Legge 30 novembre 2017, n. 179

All'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001 dopo il comma 2 sono inseriti i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater.

2 bis

Prevede significative modifiche ai modelli di organizzazione e gestione di cui al co.1 lett. *a)*

2 ter

Prevede la possibilità di denunciare l'adozione di misure discriminatorie all'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

2 quater

Sancisce la nullità del licenziamento e di ogni altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del WB. Disciplina l'onere della prova.

Il Whistleblowing
Nuovo comma 2 bis (1/2)

I modelli di organizzazione e gestione prevedono

a) uno o più canali che consentano ai soggetti di cui all'art. 5, co. 1, lett. a) e b) di presentare

a tutela dell'integrità dell'ente segnalazioni circostanziate

- di condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti o
- di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte

Il Whistleblowing
Nuovo comma 2 bis (2/2)

b) almeno un **canale alternativo** di segnalazione idoneo a garantire, con **modalità informatiche**, la **riservatezza** dell'identità del segnalante

c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione

d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del co. 2 lett. e), sanzioni nei confronti
   - di chi viola le misure di tutela del segnalante
   - di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelino infondate

Il Whistleblowing
Nota illustrativa di Confindustria (1/3)

La nuova legge richiede che i canali di segnalazione garantiscano la «**riservatezza**» dell'identità del denunciante.

Il profilo della «riservatezza» è diverso da quello dell'«**anonimato**».
Come chiarito dalle Linee Guida ANAC (determinazione n.6/2015) il primo presuppone la rivelazione della propria identità da parte del denunciante che, infatti, «può godere di una tutela adeguata solo se si rende riconoscibile».

Ciò non esclude che i Modelli Organizzativi possano contemplare anche canali per le **segnalazioni anonime**.
Tuttavia, secondo Confindustria «tale ipotesi sembra rendere più complessa la verifica della fondatezza della denuncia, con il rischio di alimentare denunce infondate e mere doglianze che hanno poco a che fare con la tutela dell'integrità dell'ente».

Il Whistleblowing
Nota illustrativa di Confindustria (2/3)

Quanto alle **modalità di segnalazione**, su cui la legge n. 179/2017 non interviene, se non chiedendo almeno un canale informatico idoneo a garantire la riservatezza del WB

⬇

Confindustria ritiene che esse possano essere realizzate, ad esempio:

- attraverso l'utilizzo di **piattaforme informatiche**, anche gestite da terze parti indipendenti e specializzate;
- con l'attivazione di **caselle di posta elettronica dedicate**.

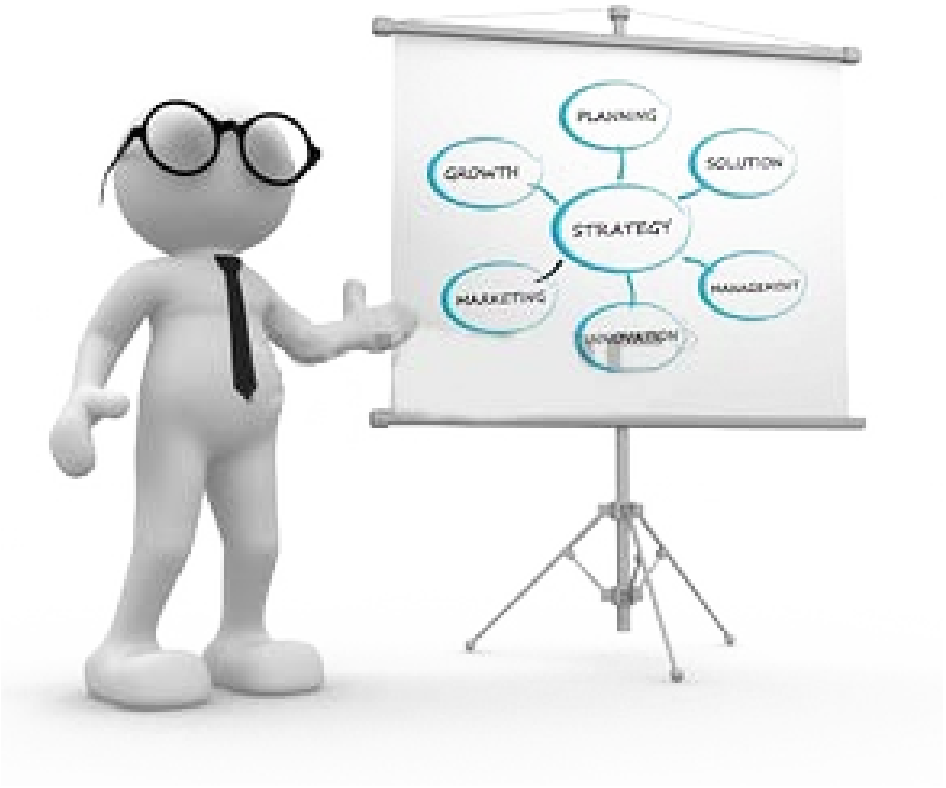
Il Whistleblowing
Nota illustrativa di Confindustria (3/3)

Circa il **destinatario delle segnalazioni**

Secondo Confindustria il Modello Organizzativo dovrebbe indicare chiaramente a quale soggetto o organo indirizzare le denunce.

«*È opportuno che l'impresa individui i potenziali destinatari delle denunce alla luce della* ***natura****, delle* ***caratteristiche dimensionali****, della* ***struttura*** *di eventuali gruppi societari di riferimento e dell'eventuale esigenza di applicare ulteriori regolamentazioni riguardanti lo* ***specifico settore di attività***».

OPPORTUNITÀ PER L’IMPRESA



Quali opportunità per l'impresa?
Non solo la prevenzione dai reati…

Grazie all'adozione del MOG e all'attuazione di un "Sistema 231" **aperto**, **dinamico** e **personalizzato** su misura, in accordo con le procedure e gli eventuali sistemi di gestione, l'imprenditore persegue l'obiettivo principale di evitare la responsabilità da reato della sua azienda.

Nel fare questo, però, si conseguono:

- un miglioramento **gestionale**
- un miglioramento **reputazionale**.

Quali opportunità per l'impresa?
Miglioramento gestionale (1/2)

Un imprenditore che adotta il "Sistema 231", in modo pragmaticamente orientato alla prevenzione del rischio ottiene nel tempo **un miglioramento gestionale** delle funzioni analizzate.

È una possibilità che deriva dai seguenti elementi:

- per arrivare all'adozione del MOG l'azienda deve effettuare un *risk assessment* finalizzato alla verifica della gap analisys, ovverosia una **analisi delle mancanze organizzative** che comportano un rischio rispetto alla responsabilità ex 231. La verifica del rischio può permettere di compensare insufficienze funzionali mai riscontrate in precedenza o non sufficientemente prese in considerazione (es. adozione di protocolli operativi che riguardano tutte le funzioni a rischio di reato). Così facendo ha la possibilità di rivisitare le proprie procedure e di meglio definire funzionalmente alcune modalità operative quotidiane;

Quali opportunità per l'impresa?
Miglioramento gestionale (2/2)

- l'azienda che adotta il Sistema 231 si avvale della **collaborazione costante dell'OdV**: formato da professionisti, con uno sguardo diverso, ma fortemente partecipe rispetto alle funzioni da presidiare, l'OdV può suggerire la necessità di processi operativi più consoni alla specifica realtà aziendale.

Quali opportunità per l'impresa?
Miglioramento reputazionale (1/2)

L'azienda che adotta il "Sistema 231" si pone sul mercato con **un'immagine reputazionale** differente rispetto a quella che ne è sprovvista:

- la volontà di darsi un **Codice Etico** personalizzato e una serie di **norme comportamentali** finalizzate alla prevenzione dei reati testimonia non solo una forma di autotutela rispetto alle conseguenze della responsabilità prevista dal D.Lgs.231/01, ma anche una sensibilità maggiore per le regole del giusto mercato e della libera concorrenza;
- il Codice Etico, se redatto in modo preciso sulla base delle caratteristiche dell'azienda e non semplicemente sulla scorta di "taglia e incolla", diventa una **carta d'identità aziendale** che ne testimonia un miglioramento qualitativo

Quali opportunità per l'impresa?
Miglioramento reputazionale (2/2)

- il Sistema 231 diventa un **riferimento contrattuale** imprescindibile per chi vuole relazionarsi con l'azienda e permette di evitare interlocutori che inquinano il mercato e i rapporti commerciali;
- il MOG è indicato da alcuni Enti Locali e da alcune Amministrazioni quale **elemento essenziale per poter partecipare a gare o bandi pubblici** (ad esempio in materia di sanità, o di forniture scolastiche): la reputazione diventa quindi un elemento obbligatorio, necessario
- il fatto che il Sistema 231 sia stato elaborato collettivamente, condiviso e compartecipato al proprio interno diventa a sua **volta elemento di comunicazione agli stakeholder esterni**: strumenti di questa comunicazione sono, ad esempio, le varie forme del bilancio di sostenibilità, che innalza ulteriormente il livello reputazionale dell'impresa.

GRAZIE PER L’ATTENZIONE

DOTT. ANDREA **PADOAN**
padoan@studiopadoan.com

PADOVA
Viale dell'Industria n.23
35129 Padova (PD)

T. +39 049 2701005