

D.LGS. 231/2001: LE INTERAZIONI TRA L'ORGANISMO DI VIGILANZA E IL COLLEGIO SINDACALE



D.LGS. 231/2001: LE INTERAZIONI TRA L'ORGANISMO DI VIGILANZA E IL COLLEGIO SINDACALE

Elaborato su iniziativa del Gruppo di Lavoro in materia di Responsabilità Amministrativa degli Enti
Ex D.Lgs. 231/2001, costituito da Unindustria Servizi & Formazione Treviso Pordenone e
dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Treviso

Sommario

Introduzione	6
L'Organismo di Vigilanza nelle nuove Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo 9	
La composizione dell'Organismo di Vigilanza nel Modello 231	20
Attività e poteri dell'Organismo di Vigilanza	35
I flussi informativi nel D.Lgs. 231/2001	45
La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza	63
Organismo di Vigilanza e funzione Internal Audit: overlapping o recupero di efficienza nel sistema dei controlli?	84
Organismo di Vigilanza e funzione Internal Audit: l'esperienza di Permasteelisa s.p.a.	117
Collegio sindacale e Organismo di Vigilanza	130
Riflessioni sull'adozione del Modello Organizzativo: due esperienze a confronto	151

*“Mettersi insieme è un inizio, rimanere insieme è un progresso,
lavorare insieme un successo”.*

Henry Ford

Perché un lavoro di approfondimento sul **Decreto Legislativo 231**?

Si tratta certamente di un tema importante per le imprese, per cui l'adozione di un Modello Organizzativo rispondente alla norma costituisce uno strumento di tutela per l'attività stessa.

Il D.Lgs. 231/2001 si sta configurando sempre più come uno strumento di trasparenza, di controllo e di tutela dell'impresa nei confronti dei reati presupposti introdotti dal legislatore (tra i quali segnaliamo le violazioni penali in materia di sicurezza sui posti di lavoro, i reati a danno dell'ambiente, l'induzione a non rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria).

Questa pubblicazione, in particolare, si inserisce in un'ottica di collaborazione tra due realtà molto importanti: da un lato **Unindustria Servizi & Formazione Treviso Pordenone**, ente di servizi e formazione delle Unioni degli Industriali delle province di Treviso e Pordenone, dall'altro l'**Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Treviso**, che insieme hanno già realizzato incontri di approfondimento sulla tematica.

Abbiamo voluto realizzare questo lavoro di approfondimento, focalizzando l'attenzione in particolare sulle interazioni tra Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale: questo attraverso le testimonianze di due aziende, Pasta Zara S.p.A. e Mionetto S.p.A. e il contributo di numerosi esperti. Si tratta di una serie di esperienze a confronto per analizzare i diversi aspetti dell'interazione tra i due organismi.

Nonostante critiche, pressioni e, probabilmente, comportamenti diversi in altre parti d'Italia, i commercialisti di Treviso e la rappresentanza Confindustriale, hanno dimostrato che integrando le competenze e rispettandosi reciprocamente, vi può essere una creazione di valore significativa nel territorio di riferimento, agendo quali attori dello sviluppo economico a fianco delle imprese e delle Istituzioni.

I molti e qualificati contributi contenuti in questa pubblicazione ne sono la testimonianza. Le reciproche competenze professionali e relazionali hanno permesso di coinvolgere giornalisti e magistrati di prima grandezza che hanno apposto la loro firma nelle riflessioni qui riportate confermando, di fatto, il contenuto professionale e scientifico dell'elaborato e, quindi, la bontà dell'iniziativa. Va sottolineata inoltre l'esclusività del percorso, data proprio dalla collaborazione di due realtà importanti e di sicura competenza.

UNIS&F ha maturato un'ampia esperienza nella redazione, revisione e monitoraggio di un Modello Organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati ed è da tempo impegnata anche nell'organizzazione di momenti di formazione e approfondimento sul tema. L'Ordine dei dottori Commercialisti di Treviso ha intrapreso svariate iniziative volte alla diffusione e allo sviluppo del modello organizzativo nella consapevolezza che il Commercialista è il soggetto che, per la conoscenza specifica delle materie economico-aziendali e del diritto d'impresa, risulta il punto di riferimento durante tutte le fasi di compliance di società ed enti che vogliono evitare di incappare nelle maglie della responsabilità amministrativa prevista dal D.lgs. 231/2001.

La pubblicazione verrà diffusa sul territorio e ci auguriamo possa essere un ulteriore passo verso la chiarificazione di una tematica che può risultare complessa, ma che va conosciuta per il miglior funzionamento aziendale.

Tutto questo è frutto di un lungo e paziente dialogo che vede le diversità come un valore. La frequentazione reciproca, il lavoro assieme e la condivisione di risorse, al pari di quanto realizzato dal “Tavolo congiunto 231”, devono essere di stimolo ed esempio per intraprendere altre importanti iniziative.

Un ultimo auspicio: che l’attività del “Tavolo congiunto 231” possa continuare con altri progetti che, siamo certi, non mancheranno di rigore e spessore scientifico e che l’esperienza possa anche estendersi ad altri ambiti tra le rappresentanze di due categorie che lavorano costantemente a fianco degli imprenditori e delle Istituzioni.

Sabrina Carraro

Vice Presidente di Unindustria Treviso con delega alle PMI e Capitale Umano

Vittorio Raccamari

Presidente dell’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Treviso

Introduzione

Dr. Giovanni Negri

Giornalista de "Il Sole 24Ore"

A lungo si è dibattuto sulla possibilità di attribuire al collegio sindacale le funzioni dell'Organismo di Vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/01, ipotesi massimalista, oppure anche solo quella di inserire almeno un sindaco nel collegio dei componenti dell'Organismo di Vigilanza. Ora, da pochi anni, con la legge di stabilità approvata nel 2011, la n. 183, questa possibilità è stata definitivamente sdoganata. Via libera che, va sottolineato, ha riguardato la possibilità di cumulo delle funzioni dell'OdV non soltanto con il collegio sindacale, ma anche con il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione.

Evidente l'intenzione del legislatore, che da una parte ha probabilmente voluto fornire una prima risposta alle ricorrenti critiche sul proliferare, nella governance societaria che ha preso forma in questi anni, di organismi diversi ma tutti con compiti, in parte sovrapposti o sovrapponibili, di vigilanza e controllo; dall'altra, la semplificazione potrebbe avere conseguenze certe anche in termini di contenimento dei costi, spingendo magari società dalle dimensioni ridotte all'adozione dei modelli organizzativi, a detrimento della quale anche il tema delle spese da sostenere ha avuto cittadinanza. Doppio obiettivo pertanto. E se il primo è stato certo raggiunto, per l'altro bisognerà forse attendere qualche dato un po' più nuovo delle meritorie ricerche di Assonime.

Come pure ancora da attendere ci sono, ma questa non è certo una novità, le prime interpretazioni della magistratura sul cumulo di funzioni e sull'adeguatezza dei controlli esercitati dal collegio sindacale una volta indossata la nuova maglia. Non è una novità, tanto più perché le pronunce della magistratura che sono entrate nel merito dei modelli organizzativi e certo anche delle soluzioni interne trovate per darvi effettività sono assolutamente scarse.

Intanto però della novità introdotta dalla legge di stabilità si è preso atto a diversi livelli. Le stesse Linee Guida di Confindustria, punto di riferimento ormai tradizionale in materia di redazione dei modelli organizzativi, da poco tempo approvate dal ministero della Giustizia nella nuova versione, si sono soffermate sul punto. Linee Guida che aprono anch'esse in maniera significativa al doppio ruolo del collegio sindacale e mettono in evidenza come, in mancanza di coordinamento, il rischio è la duplicazione dei compiti in capo a soggetti diversi e una perdita complessiva di efficienza del sistema dei controlli. Del resto, sottolinea la stessa Confindustria, l'attività del collegio sindacale, è ormai sempre meno imperniata sulle verifiche contabili e sempre più focalizzata su quelle inerenti alla legittimità e alla correttezza dell'operato degli amministratori.

Il libro, nella successione dei capitoli, permette di passare dal generale al particolare. Con i primi due capitoli ci si sofferma infatti a fare il punto per un verso sulla genesi di quella responsabilità amministrativa degli enti che via via ha assunto un peso sempre più rilevante non solo nel

campo specifico del diritto penale (parapenale?) dell'economia, ma anche nell'evoluzione dei meccanismi di governance e su quest'ultimo aspetto si concentra la riflessione dedicata ai modelli organizzativi e alle soluzioni per renderli effettivi nelle strutture di amministrazione e controllo delle società. Nella prima parte rientra anche il focus sulle Linee Guida di Confindustria.

Tutta la seconda parte del volume è invece dedicata alle sinergie tra Organismo di Vigilanza e collegio sindacale, sotto una pluralità di punti di vista e di relazioni, da quella del pubblico ministero a quelle dei professionisti. Un'attenzione particolare è così dedicata ai profili di responsabilità, con il rischio che i sindaci, pur non essendo compresi tra i soggetti che il D.Lgs. 231/01 indica come autori di reati in materia societaria (non inserendoli dunque tra i soggetti apicali dell'ente), possano essere oggetto di indagini come persone fisiche, in concorso per esempio con soggetti apicali che hanno commesso reati societari: mancherebbe quindi, in tali evenienze, il requisito dell'indipendenza richiesto all'OdV, che si troverebbe a ricoprire il doppio ruolo di controllore e controllato.

L'Organismo di Vigilanza nelle nuove Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo

Avv. Matonti Antonio

Direttore Affari Legislativi Confindustria Nazionale

Abstract

Le Linee Guida di Confindustria sulla costruzione dei Modelli organizzativi 231 si propongono di orientare le imprese nel percorso di definizione di tali Modelli. Per rendere pienamente efficace questo supporto, il testo è stato aggiornato da ultimo nel mese di marzo del 2014, così da recepire anche le recenti novità normative, giurisprudenziali e della prassi applicativa.

Questa funzione di indirizzo risulta particolarmente apprezzata dal sistema associativo, che si trova ad applicare una disciplina – il D. Lgs. n. 231/2001 – per certi versi lacunosa e interpretata in modo disomogeneo sul territorio nazionale.

Al tema centrale dell'Organismo di Vigilanza, ad esempio, il Decreto dedica poche e concise previsioni che la giurisprudenza ha contribuito a precisare.

Pertanto, le Linee Guida valorizzano gli orientamenti che si sono consolidati nel tempo e chiariscono le funzioni, i requisiti e le possibili configurazioni dell'Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello e a curarne l'aggiornamento.

Ciò sempre con l'avvertenza che le indicazioni fornite devono essere declinate in

concreto in base alla specifica configurazione dell'Organismo di Vigilanza che l'impresa intende adottare.

Tra i nuovi contenuti dell'edizione del 2014, le Linee Guida approfondiscono l'ipotesi di affidare le funzioni dell'Organismo di Vigilanza al collegio sindacale – ovvero agli organi di controllo ad esso equivalenti – introdotta dalla legge di stabilità per il 2012 e accolta con favore dal Codice di Autodisciplina delle società quotate. Le Linee Guida evidenziano gli elementi che, in astratto, rendono compatibile questa opzione organizzativa con i requisiti fondamentali ai fini dello svolgimento di tali funzioni, nonché i possibili benefici che possono derivarne in termini di semplificazione dei sistemi di controllo. Al contempo, viene richiamata l'attenzione sulla necessità di valutare, volta per volta, la concreta idoneità di tale ipotesi.

Nel mese di marzo del 2014 Confindustria ha concluso il lavoro di aggiornamento delle Linee Guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo, che hanno ottenuto l'approvazione del Ministero della Giustizia il 21 luglio 2014.

Il nuovo documento è il frutto di un'intensa attività portata avanti da Confindustria attraverso il Gruppo di lavoro "Legalità e 231" per riesaminare il testo – aggiornato, da ultimo, nel 2008 – e adeguarlo alle novità nel frattempo intervenute sul piano normativo, giurisprudenziale e della prassi applicativa.

Come in occasione delle precedenti revisioni, tale attività ha richiesto non soltanto specifici approfondimenti tecnici, ma anche un'attenta

ponderazione e sintesi delle esigenze espresse dalle diverse realtà imprenditoriali che caratterizzano il sistema associativo di Confindustria.

Seguendo questo metodo e con forte senso di responsabilità, Confindustria si è impegnata a partire dal 2001 per mettere a disposizione delle imprese uno strumento operativo in grado di guidarle innanzitutto nella comprensione di un sistema di responsabilità che, all'epoca, si rivelò decisamente innovativo e inoltre, sul piano più operativo, nella costruzione di Modelli organizzativi, in astratto idonei a rispondere alla *ratio* del D.Lgs 231/01.

Ciò sempre mettendo in luce l'importanza di implementare in concreto i Modelli stessi e di adeguare le indicazioni contenute nelle Linee Guida agli specifici contesti aziendali.

D'altra parte, le imprese e gli operatori del settore alle prese con la definizione delle diverse componenti del Modello Organizzativo hanno attestato nel tempo l'importante funzione di indirizzo svolta dalle Linee Guida di Confindustria, anche in considerazione di alcune lacune normative e incertezze nell'applicazione giurisprudenziale.

Tra gli ambiti in cui risulta ancor più preziosa questa funzione di supporto rientra a pieno titolo il tema dell'Organismo di Vigilanza - in breve "OdV" - cui il D.Lgs 231/01 dedica, infatti, previsioni piuttosto concise che le pronunce dei giudici hanno poi contribuito a chiarire.

Alla luce di tali orientamenti interpretativi, le Linee Guida indicano i

compiti e i requisiti funzionali, almeno in via potenziale, a una configurazione solida dell'Organismo di Vigilanza e alla definizione di un Modello Organizzativo idoneo ai sensi della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti.

La costituzione di un Organismo di Vigilanza dotato di poteri effettivi che consentano l'efficace svolgimento delle funzioni che gli competono rappresenta, infatti, un elemento centrale per escludere la responsabilità dell'ente rispetto al reato presupposto realizzato al suo interno.

In particolare, il dato normativo (art. 6, co. 1, lett. *b*, D.Lgs 231/01) prevede l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello e di curarne l'aggiornamento.

L'OdV è dunque deputato a verificare se i protocolli previsti dal Modello Organizzativo sono coerenti con i comportamenti adottati da coloro che operano per conto dell'ente e, inoltre, se assolvono alla funzione preventiva che gli è propria, vigilando al contempo che tale complessiva coerenza e adeguatezza del Modello permanga nel tempo. In questo senso, è fondamentale che l'OdV comunichi all'organo dirigente l'esito delle attività di verifica e controllo effettuate, segnalando gli adeguamenti del Modello che si rendano necessari per aggiornarlo, ad esempio, alle innovazioni normative e ai nuovi orientamenti giurisprudenziali.

Ai fini dell'adeguatezza del Modello Organizzativo, il D.Lgs 231/01 richiede che le funzioni sopra richiamate siano svolte da un Organismo

di Vigilanza *“dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo”*.

Al riguardo, la magistratura si è cimentata nell'esercizio di riempire di contenuti la nozione utilizzata dal legislatore e di individuare alcune caratteristiche indefettibili ai fini del funzionamento del meccanismo di esonero da responsabilità 231.

Pertanto, le Linee Guida di Confindustria rimettono in fila gli orientamenti emersi in giurisprudenza sul tema dei requisiti dell'Organismo di Vigilanza e integrano le indicazioni fornite al riguardo nella precedente edizione del 2008, anche attraverso una tabella di riepilogo.

Con particolare riferimento ai requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza, il documento evidenzia che occorre salvaguardare l'OdV da interferenze dell'ente che possano condizionarne l'iniziativa, sul piano personale ed economico. Ne deriva, tra l'altro, l'opportunità di inserire l'Organismo in esame come unità di staff nella posizione gerarchica più elevata e con riporto al vertice operativo aziendale ovvero al Consiglio di Amministrazione.

Inoltre, nell'ottica di mantenere distinte le figure del controllato e del controllore, risulta necessario evitare l'affidamento di compiti operativi all'OdV inteso nel suo complesso. Infatti, laddove il controllore avesse un ruolo attivo nelle decisioni che riguardano l'attività dell'ente, ne deriverebbe una sovrapposizione di ruoli e il rischio di pregiudicare l'obiettività del giudizio.

Anche a questo proposito, le Linee Guida segnalano la necessità di declinare in concreto le indicazioni giurisprudenziali in base alla specifica configurazione dell'OdV che l'impresa intende adottare. In tal senso, ad esempio, nel caso di un organismo monocratico potrebbe risultare più complessa la selezione del componente interno che non svolga funzioni operative, pertanto occorre effettuare una ponderazione particolarmente attenta.

Peraltro, il documento propone di rafforzare le garanzie di autonomia e indipendenza attraverso l'indicazione di cause di ineleggibilità e decadenza, al pari di quelle previste dal codice civile per la nomina di amministratori e sindaci (artt. 2392 e 2399). L'assenza di conflitti di interesse e di relazioni di parentela con il vertice può infatti contribuire a comporre un Organismo di Vigilanza in grado di assolvere ai suoi compiti in posizione di effettiva indipendenza.

Sempre in ordine agli aspetti da considerare ai fini dell'adeguata composizione dell'OdV, le pronunce dei giudici individuano come essenziale la professionalità.

In particolare, è fondamentale che i membri dell'OdV possiedano competenze funzionali a svolgere con efficacia i compiti di natura ispettiva e consulenziale ad essi spettanti e siano in grado di utilizzare gli strumenti più adeguati a tal fine.

Ciò presuppone sia la conoscenza di specifici strumenti come il campionamento statistico e le tecniche di valutazione e contenimento dei rischi, sia il possesso di competenze afferenti all'analisi dei sistemi di

controllo, nonché alla struttura e alle modalità di realizzazione dei reati. A quest'ultimo proposito le Linee Guida precisano, tra l'altro, che le necessarie competenze di natura giuridica possono essere assicurate anche attraverso il ricorso a risorse aziendali ovvero consulenti esterni.

Il quadro dei requisiti dell'OdV è completato dall'elemento della continuità di azione.

In particolare, dalle pronunce emerge l'importanza di predisporre una struttura dedicata all'attività di vigilanza sul Modello Organizzativo. Tuttavia, come precisato nelle Linee Guida, ciò non esclude l'ipotesi di un OdV composto per intero da membri esterni. Ipotesi che, eventualmente, comporta l'opportunità di costituire una segreteria tecnica che si occupi di coordinare l'attività dell'OdV e rappresenti la struttura di riferimento all'interno dell'ente, deputata anche a ricevere eventuali segnalazioni da parte dei soggetti in esso operanti.

Inoltre, sempre sul piano della continuità di azione dell'OdV, è fondamentale creare un contesto favorevole che permetta allo stesso di vigilare con puntualità sul funzionamento e l'osservanza del Modello 231, anche attraverso la collaborazione delle diverse risorse dell'ente. Il riferimento è, ad esempio, a norme del regolamento interno volte a chiarire che l'OdV è legittimato a rivolgersi alle funzioni e strutture della società, per acquisire dati e informazioni utili allo svolgimento dei suoi compiti. Per le stesse finalità, occorre mettere a disposizione dell'OdV una dotazione di risorse finanziarie adeguata.

In questa direzione, le Linee Guida propongono anche di rimettere

all'Organismo di Vigilanza la definizione di specifici aspetti connessi alla continuità del suo operato, anche attraverso la formulazione di un regolamento riguardante, tra l'altro, la calendarizzazione delle attività e la disciplina dei flussi informativi provenienti dalle strutture aziendali. Parimenti importante è la cura della tracciabilità e la documentazione delle attività svolte.

Alla luce di tale disamina, il documento propone alcune possibili configurazioni dell'OdV che risultano compatibili con i requisiti passati in rassegna, almeno sul piano del ragionamento astratto.

In particolare, l'aggiornamento concluso nel 2014 approfondisce l'opzione introdotta dalla legge di stabilità per il 2012 (legge n. 183/2011) che, inserendo una specifica previsione nel D.Lgs. 231/01, consente di affidare le funzioni di vigilanza al collegio sindacale, ovvero agli equivalenti organi di controllo previsti dai modelli di *governance* alternativi a quello tradizionale.

Il legislatore ha quindi considerato che la concentrazione di funzioni di controllo diverse in capo al medesimo organo non è di per sé capace di svilire l'autonomia e l'indipendenza dell'OdV.

Tuttavia, come sottolineato in diversi passaggi delle Linee Guida, tali considerazioni formulate in via di principio devono essere valutate in base alle caratteristiche dell'ente per verificare l'effettiva tenuta in concreto di tale formula organizzativa, rispetto ad altre.

In linea generale, l'innovazione legislativa del 2011 risulta coerente

innanzitutto con le previsioni del Codice di Autodisciplina delle società quotate che, infatti, riconosce a queste ultime la possibilità di conferire al collegio sindacale le funzioni di OdV, laddove ciò garantisca le esigenze di efficienza ed efficacia complessiva del sistema di controllo interno.

Inoltre, essa sembra rappresentare un ulteriore tassello della tendenza registrata nella prassi applicativa a riservare al collegio sindacale soprattutto il controllo sulla legittimità e la correttezza dell'operato degli amministratori, lasciando le verifiche contabili ai revisori esterni.

Pertanto, la nuova opzione organizzativa disponibile per le imprese risulta di particolare interesse in considerazione della parziale sovrapposizione tra le funzioni del collegio sindacale e quelle dell'OdV. Il primo infatti è tenuto a vigilare - anche - sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società (art. 2403 c.c.), che si compone anche del Modello Organizzativo 231.

Ne deriva che la società interessata ad avvalersi della misura introdotta nel 2011 ha la possibilità di valorizzare l'affinità di competenze tra le due figure di controllo e, quindi, di semplificare l'organizzazione interna, con l'effetto di migliorare l'efficacia del complessivo sistema di controllo. Sistema che, come noto, spesso si presenta complesso e articolato su una pluralità di soggetti e che pertanto può trarre beneficio dall'introduzione di misure di razionalizzazione volte a contenere le possibili inefficienze.

Oltre alle richiamate considerazioni di ordine generale, sembra deporre

a favore dell'affidamento al collegio sindacale delle funzioni di vigilanza del MO 231 anche il riscontro, in astratto, della sussistenza dei requisiti fondamentali sopra illustrati.

Infatti, alcune prime pronunce di merito richiamate nelle Linee Guida hanno già escluso che il cumulo di diverse funzioni in capo al collegio sindacale determini l'automatica compressione dell'autonomia dell'Organismo di Vigilanza. Pertanto è onere dell'ente organizzarsi, in concreto, per rafforzare le garanzie di autonomia e indipendenza dei membri dell'OdV in tale particolare ipotesi.

Allo stesso modo, il documento sottolinea l'opportunità di intensificare la frequenza della riunioni prevista in via ordinaria per il collegio sindacale (art. 2404 c.c.) al fine di garantire la continuità di azione dell'OdV, nonché di rafforzare le competenze di natura giuridica di cui tale organo risulta di norma sprovvisto, con l'obiettivo di dotarlo di adeguata professionalità.

Conclusioni

L'Organismo di Vigilanza gioca un ruolo fondamentale nell'ambito della tenuta complessiva del Modello organizzativo. Occorrono quindi valutazioni ben ponderate per individuarne la configurazione migliore, che consenta non soltanto di tenere il banco di prova del giudice, nell'eventuale procedimento a carico dell'ente, ma anche di garantire l'efficienza e l'efficacia dei controlli interni. Al riguardo va preso atto

che, nel tempo, le pronunce dei giudici hanno fissato alcuni importanti criteri di riferimento. L'auspicio è che le Linee Guida di Confindustria, in continua evoluzione, possano contribuire a ridimensionare i margini di incertezza che tuttora permangono.

La composizione dell'Organismo di Vigilanza nel Modello 231

Dott. Paolo Papparotto

Dottore commercialista, componente della Commissione di Contabilità Finanza e Controllo dell'Associazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso

Abstract

L'art. 6 del D.Lgs. 231/01 prevede che l'Organismo dell'Ente deputato alla vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli sia dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, senza fornire indicazioni in merito ai requisiti cui deve essere dotato l'Organismo stesso. La pressoché totale libertà di autoregolamentazione concessa dal Legislatore, ha trovato nel tempo adeguata limitazione dal viatico tracciato dai codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e delle categorie professionali.

Lo scopo del presente elaborato è, pertanto, di delineare le caratteristiche di cui deve essere dotato l'Organismo di Vigilanza alla luce delle più recenti opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nelle seguenti circolari, Linee Guida, pareri e sentenze:

- 1. Circolare Guardia di Finanza (83607 del 19 Marzo 2012);*
- 2. Linee Guida Confindustria (Agg. Marzo 2014);*
- 3. Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI);*
- 4. Documento Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC ed. Settembre 2012);*

5. *Linee Guida per l'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale (IRDCEC);*
6. *Giurisprudenza.*

1. - Premesse: l'OdV nel D.Lgs. 231/01

Il tema della composizione dell'Organismo di Vigilanza (in seguito OdV) non è trattato dal D.Lgs. 231/01. Esso, infatti, non fornisce nessuna indicazione sulle caratteristiche che i componenti dell'OdV devono possedere, affinché l'attività di controllo sul modello organizzativo possa essere attuata in modo efficace ed efficiente.

Un primo elemento di riflessione sulla composizione dell'OdV è rappresentato dai requisiti che lo stesso deve possedere sulla base dei pronunciamenti della giurisprudenza¹ e delle Linee Guida delle Associazioni imprenditoriali e professionali². In particolare:

- la professionalità;
- l'indipendenza;
- l'autonomia;
- l'onorabilità.

¹ Tribunale Penale di Napoli - GIP Dott.ssa Saraceno - Ordinanza cautelare del 26 giugno 2007.

² Linee Guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo - Confindustria Marzo 2014.

Un secondo elemento da considerare sulla composizione dell'OdV è relativo alla scelta tra la composizione monosoggettiva o plurisoggettiva.

La Giurisprudenza³ propende per una composizione collegiale negli enti di dimensioni medio-grandi. Viceversa, negli enti di piccole dimensioni, l'art. 6 comma 4 D.Lgs. n. 231/2001 prevede la possibilità di affidare l'incarico di OdV direttamente all'organo dirigente senza la costituzione di un organo *ad hoc*: *“Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati alla lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente”*.

Per quanto concerne gli enti di media e grande dimensione, invece, la scelta si spinge verso una composizione plurisoggettiva, dove sia membri interni che esterni possono far parte dell'organo al fine di garantire un adeguato grado di autorevolezza e indipendenza.

L'eterogeneità dei componenti è considerata come la composizione “ideale”, in quanto permette efficacia e continuità d'azione, indipendenza, professionalità, autonomia e onorabilità.

In merito ai requisiti appena citati si riscontrano diverse opinioni, si discute infatti sulla scelta di attribuire tali requisiti all'OdV nel suo complesso oppure ai soli componenti singolarmente considerati.

Nei capitoli successivi saranno esaminate le fonti elencate in Abstract.

³ Tribunale di Roma - GIP Dott.ssa Finiti - Ordinanza cautelare del 4 aprile 2003.

2. - La circolare della guardia di finanza (83607 del 19 marzo 2012)

Il documento della Guardia di Finanza (in seguito GDF) per quanto riguarda la composizione dell'OdV ribadisce che lo stesso deve essere portatore dei caratteri di autonomia e indipendenza, anche se calato all'interno dell'Ente. In particolar modo, il documento si sofferma sull'indipendenza che è considerata fondamentale in relazione allo *status* del potenziale reo:

"[...] Tale ultima condizione appare fondamentale, in particolare, se si considera che lo status apicale del possibile reo, sottratto a situazione di dipendenza gerarchica, fa sì che esso tenda a sfuggire agli ordinari sistemi di controllo interno."

In base a quanto affermato nella precedente citazione, e in precedenza, è possibile sottolineare che il documento pone maggior attenzione sulla condizione di indipendenza dell'OdV nel suo complesso rispetto l'ente di riferimento. Tale indipendenza, però, è da considerarsi per l'OdV nel suo complesso e non viene estesa anche ai suoi componenti.

La GDF non esclude la possibilità di attribuire l'incarico anche al Comitato per il Controllo Interno, purché questo sia composto esclusivamente da amministratori non esecutivi o indipendenti:

"[...] dovendosi istituire un organismo che si trovi in posizione di terzietà rispetto a coloro sui quali esso dovrà vigilare, è stato osservato come sia preferibile l'istituzione di un organismo ad hoc, a favore del quale sarà necessario prevedere apposite garanzie di stabilità, indipendenza e qualificazione"

professionale, pur non escludendosi la possibilità che tale ruolo sia attribuito al "comitato per il controllo interno" purché composto esclusivamente da amministratori non esecutivi o indipendenti, ovvero alla funzione di International auditing, ove esistenti".

Pertanto, la circolare della GDF esclude che il collegio sindacale possa coprire l'incarico di OdV anche se, sotto il profilo della professionalità, è idoneo e attrezzato a vigilare sul modello organizzativo.

3. - Le Linee Guida di Confindustria (agg. marzo 2014)

Nelle Linee Guida di Confindustria si ribadisce la "lacuna" del Decreto nel fornire indicazioni puntuali sulla composizione dell'OdV. Anche in questo documento viene posta l'attenzione sulla scelta tra composizione monocratica o collegiale, sostenendo che per gli enti di piccola dimensione, qualora non abbiano optato per quanto previsto al comma 4 dell'articolo 6 del Decreto, sia più idonea la scelta di un organo a composizione monocratica. Mentre la scelta di adottare una composizione di tipo collegiale risulta la più adeguata per gli enti di media e grande dimensione.

Una differenza tra la Circolare della Guardia di Finanza, analizzata in precedenza, e le Linee Guida di Confindustria riguarda la possibilità di affidare al collegio sindacale il ruolo di OdV. Nella Circolare della GDF non viene data nessuna indicazione circa la possibilità data dal comma 4-bis dell'articolo 6. Una diversa opinione è quella espressa da

Confindustria, la quale prevede che il collegio sindacale possa svolgere i compiti dell'OdV a patto che si configurino i requisiti richiesti dalla disciplina.

Le Linee Guida di Confindustria, così come le Linee Guida di altre Associazioni che analizzeremo in seguito, affrontano il tema di una composizione dell'Organo di Vigilanza eterogeneo, ovvero composto sia da membri interni sia da membri esterni.

"[...] in caso di composizione mista [...] non essendo esigibile dai componenti di provenienza interna una totale indipendenza dall'ente, il grado di indipendenza dell'Organismo dovrà essere valutato nella sua globalità."
(Paragrafo 2.2 Linee Guida Confindustria)

Secondo quanto appena riportato, le Linee Guida di Confindustria precisano che, qualora la composizione dell'ente sia eterogenea, il rispetto dei requisiti richiesti dovrà essere visto nell'Organismo nel suo complesso e non nei singoli membri. I membri degli organi sociali che possono essere nominati componenti dell'OdV sono: l'amministratore indipendente, il sindaco o responsabile della funzione legale. L'analisi appena compiuta riguarda il solo requisito dell'indipendenza. Diversa, invece, è la giustificazione fornita per gli altri requisiti (autonomia, onorabilità e professionalità) in virtù di una composizione mista: *"[...] in questi casi l'esistenza dei requisiti richiamati viene già assicurata, anche in assenza di ulteriori indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per gli amministratori indipendenti, per i sindaci e per i preposti per il controllo interno."* (Paragrafo 2.2 Linee Guida

Confindustria).

Pertanto, le figure degli amministratori indipendenti, sindaci e responsabili della funzione legale soddisfano i requisiti di autonomia, onorabilità e professionalità, in quanto sono altresì richiesti dall'ordinamento giuridico per l'assegnazione dell'incarico rivestito in precedenza.

4. - Le Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI)

Le Linee Guida ABI danno un'interpretazione differente circa la composizione dell'OdV. Anche l'Associazione Bancaria Italiana prevede la possibilità di creare un organo misto:

"[...] si ritiene possa essere coerente con lo spirito della legge creare una funzione ad hoc costituita sia da professionalità interne (come legali, esperti contabili, gestione del personale, di controllo interno, nonché, ad esempio, un membro del collegio sindacale) che esterne ad essa (consulenti, esperti di revisione, ecc.), con la presenza di uno o più amministratori non esecutivi (o indipendenti) che diano garanzia di effettività sul controllo [...]". (Paragrafo 2.3 Linee Guida ABI)

In virtù di quanto appena riportato si può notare che l'Associazione Bancaria Italiana ritiene che sia opportuno creare un organo misto composto da diverse figure professionali interne e da amministratori indipendenti o non esecutivi che diano un indirizzo di controllo. L'aspetto da sottolineare è che, in questo caso, l'OdV esprime diverse

competenze di provenienza interna. È altresì prevista la possibilità di avvalersi di figure professionali esterne all'ente che si aggiungono a quelle di provenienza interna.

Le Linee Guida, inoltre, sostengono che criteri di indipendenza o professionalità non sono enunciati dal Decreto e l'unico criterio precisato è quello di autonomia:

"[...] la valutazione dell'adeguatezza deve essere quindi effettuata in relazione alla autonomia dell'Organismo nel suo complesso, autonomia dunque che dipende non solo dalle caratteristiche personali dei singoli componenti, ma anche dai poteri ad essi in concreto attribuiti in qualità di componenti dell'Organismo." (Paragrafo 2.3 Linee Guida ABI)

5. - Documento consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili (cndcec ed. settembre 2012)

Il documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili pone l'attenzione sulla novità introdotta dal comma 4-bis dell'articolo 6. Come accennato precedentemente, il nuovo comma fornisce maggior chiarezza circa il conferimento dell'incarico di Organo di Vigilanza al collegio sindacale per le società di capitali. Infatti, il documento del CNDCEC elenca una serie di argomentazioni a favore della soluzione adottata dal comma 4-bis che sono state da sempre sostenute da una parte della dottrina.

Le argomentazioni a favore sono le seguenti:

- il collegio sindacale è dotato di piena autonomia;
- i Sindaci sono portatori dei requisiti di professionalità e onorabilità fin dal momento della loro nomina nel collegio sindacale;
- il requisito di continuità d'azione non è compromesso grazie all'obbligo per legge di riunirsi almeno ogni novanta giorni;
- l'utilizzo del collegio sindacale come Organismo di Vigilanza permette di ridurre gli oneri in capo all'ente.

Oltre alla possibilità di usufruire del collegio sindacale come OdV, il CNDCEC individua anche altre possibilità per la costituzione dell'OdV.

Queste soluzioni sono le seguenti:

- comitato per il controllo sulla gestione e Consiglio di sorveglianza;
- comitato per il Controllo Interno e Internal Auditing;
- costituzione di un Organismo ad hoc.

Comitato per il controllo sulla gestione e Consiglio di Sorveglianza

L'organo di controllo, sia in un sistema monistico o dualistico, potrà svolgere i compiti dedicati all'OdV.

Nel sistema monistico si prevede la costituzione di un comitato per il controllo di gestione, il quale è composto per la maggior parte da amministratori non esecutivi. Gli amministratori non esecutivi sono in

possesso dei requisiti di indipendenza.

Per quanto concerne il sistema dualistico, il Consiglio di Sorveglianza ha sia poteri di controllo di gestione sia il potere di nominare e revocare i gestori. Il Consiglio di sorveglianza è composto anche da amministratori che svolgono un ruolo attivo nel Consiglio di Amministrazione, ma, se si considera la sua posizione intermedia del Consiglio all'interno dell'ente, può essere considerato idoneo a rivestire anche il ruolo e le funzioni dell'OdV.

Queste due soluzioni sono sorte alla luce delle recenti modifiche normative che rientrano nell'ambito del comma 4-bis.

Comitato per il Controllo Interno e Internal Auditing

Il Comitato per il Controllo Interno, secondo il CNDCEC, è idoneo a svolgere le funzioni dell'OdV. Infatti, esso è:

- dotato di poteri propositivi e consuntivi;
- composto da amministratori senza deleghe che soddisfano pertanto il requisito di indipendenza;
- le competenze dell'organo possono essere ricondotte con le funzioni tipiche dell'OdV.

Stessa opinione vale per l'Internal Auditing ma con le seguenti particolarità:

- il requisito di indipendenza dovrà essere valutato caso per caso;
- è portatore dei requisiti di onorabilità e professionalità.

Costituzione di un Organismo ad hoc

La costituzione di un OdV *ad hoc* è consigliata soprattutto per gli enti di piccole dimensioni, i quali possono utilizzare la soluzione prevista dal comma 4 dell'articolo 6⁴. Si consiglia la costituzione di un organo monocratico, ricorrendo o al responsabile di una funzione interna dotata di sufficiente autonomia e indipendenza o ad un consulente esterno.

Nei casi in cui la scelta sia stata di costituire un organo collegiale, si dovrà prestare attenzione al fatto che tra i componenti dell'OdV non figurino soggetti che possano rivestire il duplice ruolo di controllori e controllati.

La presenza, invece, di amministratori non esecutivi o indipendenti oppure il responsabile della funzione di *Internal Auditing* non pregiudica l'indipendenza e l'autonomia e pertanto una composizione dell'OdV così fatta risulta idonea.

6. - Linee Guida per l'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale (Documento IRDCEC ed. Maggio 2013)

⁴“Negli enti di piccola dimensione i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente”.

Il documento dell'IRDCEC si mantiene sulla stessa linea di quello che è stato evidenziato nel documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

In particolar modo, si sofferma su aspetti di carattere organizzativo, precisando quanto segue:

- coordinare i regolamenti che si vengono a creare in virtù della duplice funzione del collegio sindacale;
- le società di capitali devono adottare modelli organizzativi contenenti specifiche indicazioni con riferimento al caso in cui la funzione di OdV sia svolta dall'organo di controllo interno;
- consiglia l'allineamento dei termini di scadenza dei due incarichi.

7. - Giurisprudenza

La Giurisprudenza, in materia di composizione dell'OdV, affronta il tema dei soggetti appartenenti agli organi sociali che potrebbero far parte dell'OdV. Parte della giurisprudenza sostiene che:

"[...] Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un Organismo di Vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, tali da comporre quell'Organismo dell'ente

*dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo”.*⁵

Secondo quanto appena riportato, il parere della Giurisprudenza è indirizzato verso la costituzione di un organo che non sia composto da soggetti che appartengono alla compagine sociale dell'ente; è preferibile che siano incaricati soggetti esterni, purché siano dotati degli appositi requisiti di professionalità e onorabilità. In questo modo non si comprometterebbero l'indipendenza e l'autonomia dell'Organismo di Vigilanza, requisiti questi di fondamentale importanza per esercitare i poteri di iniziativa e di controllo.

8. - Conclusioni

In base a quanto è stato appena riportato nei paragrafi precedenti, è possibile affermare che in merito alla composizione dell'OdV la questione verte su tre aspetti chiave:

- composizione monosoggettiva e plurisoggettiva;
- scelta dei membri;
- possibilità di attribuire ad un organo dirigente i compiti dell'OdV.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'orientamento generale emerso dai documenti analizzati nei paragrafi precedenti prevede che la scelta tra un organo monosoggettivo o plurisoggettivo sia effettuata sulla base

⁵ G.i.p Tribunale di Roma, 4 aprile 2003, in cass. Pen.2003, 2803 ss.

della dimensione dell'ente. Infatti, in linea generale, per enti di piccola dimensione è consigliata la composizione monosoggettiva mentre per enti di media-grande dimensione è richiesta la composizione plurisoggettiva.

Il secondo aspetto è relativo alle figure che compongono l'OdV. L'ente potrà decidere di nominare solo membri interni, solo membri esterni oppure optare per una nomina "mista". Tuttavia, a prescindere dalla scelta effettuata, è necessario che l'OdV soddisfi i quattro requisiti fondamentali:

- la professionalità;
- l'indipendenza;
- l'autonomia;
- l'onorabilità.

Pertanto, è rilevante che i requisiti sopracitati siano soddisfatti dall'OdV nel suo complesso e non necessariamente da ogni suo singolo membro.

Infine, questo orientamento è stato una linea guida sulla questione relativa alla possibilità di attribuire ad un organo dirigente compiti dell'OdV. Infatti, i membri dell'organo dirigente, ed in particolare del collegio sindacale, soddisfano pienamente i requisiti richiesti, in quanto la stessa nomina come sindaco richiede la sussistenza dei medesimi requisiti.

9. - Riferimenti bibliografici e fonti

- Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo: ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2002*, pp. 55 - 71.
- Comando Generale Della Guardia Di Finanza, *Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato - Circolare n. 83607/2012-*, in *“Attività della guardia di finanza a tutela del mercato dei capitali”*, 3, 2012, pp. 20 - 22.
- Associazione Bancaria Italiana (ABI), *Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, 2002, pp. 12 - 15.
- Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili, *Linee Guida per l'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/01 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, 18, 2013, pp. 9 - 12.
- Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili, a cura della Commissione di studio *“Compliance aziendale”*, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex D.Lgs. 231/01. Gli ambiti di intervento del commercialista*, 2012, pp. 32 - 39.
- D.Lgs. 231/01.

Attività e poteri dell'Organismo di Vigilanza

Dott. Francesco Viotto

Dottore commercialista, componente della Commissione di Contabilità Finanza e Controllo dell'Associazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso

Abstract

*Il tema delle attività che l'Organismo di Vigilanza (in seguito OdV) deve svolgere in funzione ai poteri ad esso attribuiti, suscita vivo interesse da parte degli operatori. In particolare, in base al disposto dell'art. 6 comma 1 lett.d) del D.Lgs. 8 Giugno 2001 n. 231, l'efficacia esimente del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo (in seguito M.O.G.C.) è subordinata ad una **fattiva attività di vigilanza** da parte dell'OdV che pertanto dovrà avere cura di gestire al meglio il proprio ruolo. Lo scopo del presente elaborato è di fornire alcune informazioni utili per organizzare l'attività dell'OdV, sia nella fase di primo insediamento, che nel corso dell'ordinaria vigilanza.*

1. - Organizzazione dell'attività

Come previsto dall'art. 6 del D.Lgs. 231/01, la principale funzione dell'OdV è quella di vigilare, senza soluzione di continuità, sul funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento del M.O.G.C.. In particolare, lo stesso articolo prevede che l'OdV debba possedere

autonomi poteri di iniziativa e di controllo ed avere una posizione di professionalità e indipendenza rispetto all'ente stesso.

L'OdV ha il compito di verificare la "tenuta" del M.O.G.C. ai fini della prova esimente della responsabilità amministrativa dell'Ente. Dalla lettura dell'art. 6 comma 1 lett. b) del D.Lgs. 231/01 si ricava che l'ente non risponde del reato commesso se dimostra che il compito di vigilare sul funzionamento del M.O.G.C. è affidato ad un "*organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*" e non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo stesso.

Poiché l'OdV deve garantire il **monitoraggio costante sul M.O.G.C.**, è indispensabile la **continuità di azione** da parte dell'OdV, che deve dedicarsi alle proprie funzioni in **modo sistematico** (calendarizzazione delle attività, verbalizzazioni, gestione dei flussi informativi e così via).

Dopo la nomina dei componenti dell'OdV da parte del Consiglio di Amministrazione e la conseguente accettazione della carica dei soggetti nominati, l'OdV dovrà eseguire le seguenti attività:

- *Analisi documentale.*

Come primissima attività l'OdV prenderà visione della delibera di nomina dell'OdV stesso, ove saranno riportate anche le eventuali condizioni attuative.

Successivamente l'OdV, nell'atto di insediamento, richiederà e prenderà visione, se presenti, del M.O.G.C. e del Regolamento

dell'OdV. Entrambi, se non già predisposti, dovranno trovare celere emissione da parte del neo OdV.

L'OdV, deve avere libero accesso ai documenti aziendali e, a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, è opportuno che prenda visione almeno dei seguenti documenti: organigramma aziendale, Manuale del Sistema Qualità, ex Documento Programmatico sulla Sicurezza (DPS), regolamenti e protocolli aziendali, visura camerale aggiornata. In particolare, dovranno essere analizzati con attenzione alcuni documenti che hanno rilevanza in materia di reati presupposti, quali, ad esempio, il protocollo deleghe e procure, il protocollo delle relazioni con la Pubblica Amministrazione, le procedure amministrative e la procedura di gestione del personale. La scelta della documentazione da analizzare dipende comunque dalla tipologia di attività e dalla dimensione e struttura aziendale.

In materia di flussi informativi verso l'OdV, il neo OdV dovrà avere cura di verificare che gli operatori siano a conoscenza dei canali attuati (indirizzo e-mail o altro mezzo idoneo) per l'invio delle segnalazioni all'OdV stesso al fine di garantire il c.d. *whistleblowing*.

- *Raccomandazioni e azioni successive.*

Dopo aver esperito l'analisi documentale e raccolto informazioni anche mediante interviste con i referenti delle varie aree aziendali, l'OdV sarà nella condizione di poter valutare

l'adeguatezza del M.O.G.C.. In questa fase l'OdV potrà segnalare all'Organo amministrativo alcune eventuali azioni correttive.

I rilievi e le raccomandazioni devono essere opportunamente riportati nel verbale di riunione dell'OdV. A tal proposito, lo stesso OdV istituirà un apposito registro dei verbali che verrà conservato dallo stesso OdV, solitamente dal Presidente, oppure depositato presso la sede sociale in locale ad accesso riservato.

È opportuno sottolineare che l'OdV è tenuto a segnalare tempestivamente all'Organo amministrativo l'eventuale inadeguatezza e qualsiasi violazione del M.O.G.C. che sia ritenuta fondata dall'OdV stesso, di cui sia venuto a conoscenza per segnalazione o che abbia accertato esso stesso. Inoltre, l'OdV deve trasmettere tempestivamente all'Organo amministrativo ogni informazione rilevante al fine del corretto svolgimento delle proprie funzioni. In merito alle segnalazioni ricevute, si rammenta che l'OdV ha obbligo di riservatezza.

Di seguito un'ipotetica traccia delle attività programmabili dall'OdV:

- incontro con la Direzione e figure "apicali" aziendali
- definizione del programma di vigilanza
- attività formativa
- definizione di dettaglio dei flussi informativi

2. - Pianificazione dell'attività di controllo

Al termine della fase di inizio attività, che è certamente la più impegnativa per l'OdV appena insediato, è indispensabile una programmazione delle attività. La calendarizzazione delle varie attività ha normalmente periodicità semestrale, spetterà comunque all'OdV valutare la possibilità di una programmazione più o meno lunga in funzione della complessità aziendale. I controlli programmati non possono prescindere dal grado di rischio rilevato nel corso dell'attività di "risk assessment" operata dalla stessa azienda e posta a base della predisposizione del M.O.G.C. stesso. Poiché la continuità d'azione è uno dei requisiti caratterizzanti l'attività dell'OdV, è di fondamentale importanza la programmazione dei controlli. L'OdV opererà in assoluta autonomia avvalendosi comunque della collaborazione dei vari responsabili aziendali al fine di ottimizzare la tempistica delle attività di controllo. Un clima poco collaborativo potrebbe compromettere la programmazione iniziale dei controlli causando ritardi nello svolgimento delle funzioni, pertanto è consigliabile avvisare tempestivamente la funzione da verificare riguardo alle tempistiche dei test.

L'attività di controllo normalmente si esplica tramite analisi dei processi e delle procedure attuate dall'azienda al fine di prevenire la consumazione dei reati presupposti. Tale attività può essere effettuata anche attraverso interviste dedicate.

È cura dell'OdV identificare, anche sulla base del mansionario aziendale, chi sono gli apicali o comunque le figure chiave dell'azienda in riferimento alla possibile commissione di reati presupposto. Successivamente, le varie figure così identificate potranno essere intervistate per comprendere nel dettaglio quale ruolo effettivamente ricoprono e il loro grado di coinvolgimento nelle attività sensibili in riferimento ai reati presupposto.

Normalmente, le interviste possono iniziare coinvolgendo i responsabili dei vari uffici/enti (amministrazione, segreteria, personale, commerciale, logistica, ecc.), ma, a seconda della dimensione aziendale e della struttura, devono essere estese anche ai sottoposti (interviste top-down) per poter tracciare un quadro completo delle reali modalità operative dei singoli enti e definire quali protocolli debbano essere attentamente verificati dall'OdV.

Come sopra accennato, è indispensabile anche la pianificazione dei controlli sui flussi informativi (previsti nel MOG e dettagliati nel regolamento dell'OdV). Per fare ciò è opportuno che siano identificati in dettaglio le informazioni/documenti che devono essere forniti all'Organismo di Vigilanza. Solitamente i documenti e le informazioni da far pervenire all'OdV sono riportati nel Regolamento dell'organismo stesso, ma, essendo l'ente dinamico, le necessità informative potrebbero essere diverse (maggiori o minori); da qui l'importanza di una attenta e corretta identificazione delle informazioni necessarie da parte dell'OdV

e della pianificazione (che potrà subire modificazioni a seconda degli eventi aziendali) dei controlli sui flussi informativi.

Una corretta pianificazione dei controlli dei flussi informativi deve puntualmente prevedere:

- il documento;
- l'ente aziendale responsabile della consegna o invio all'OdV;
- il termine entro il quale deve essere effettuata la consegna o l'invio all'OdV.

Ad esempio, il documento "Bilancio di esercizio" dovrebbe essere recapitato all'OdV da parte dell'ufficio amministrativo non appena approvato dall'assemblea dei soci. L'elenco delle segnalazioni di infortuni o verifiche sui luoghi di lavoro (con i relativi esiti), invece, potrebbero essere inviati all'OdV con cadenza trimestrale da parte dell'ufficio del personale.

Come si può facilmente comprendere, lo stesso documento (es. bilancio di esercizio) potrebbe avere differenti uffici/organi incaricati all'invio all'OdV, come tempistiche differenti, a seconda della complessità della struttura aziendale.

3. - Periodicità dei controlli

È opportuno ricordare che l'attività di vigilanza sul funzionamento del M.O.G.C. deve essere continua da parte dell'OdV, per cui la periodicità dei controlli deve essere tale da consentire di ravvisare prontamente eventuali anomalie e criticità.

Il D.Lgs. 231/01 non prevede espressamente quale sia la periodicità dei controlli da parte dell'OdV. La scelta ricade esclusivamente sull'OdV stesso, il quale deve dunque valutare quando e con quale periodicità effettuare i controlli al fine di garantire l'affidabilità del M.O.G.C., la sua aderenza all'attività effettivamente svolta dall'azienda e il suo aggiornamento.

Si tenga presente che l'OdV, quale organo aziendale interno, è tenuto a rispettare le previsioni del proprio Regolamento e, dunque, a relazionare al Consiglio di Amministrazione in merito all'attività svolta e ai rilievi emersi nel corso delle attività di verifica.

Se l'OdV ritenesse inadeguati i termini dell'esercizio delle proprie attività indicati nel Regolamento, potrà provvedere ad apportare le opportune modifiche al Regolamento. A garanzia dell'indipendenza dell'OdV, le modifiche al Regolamento potranno essere effettuate esclusivamente mediante decisione dello stesso OdV, comunicata successivamente all'Organo amministrativo e al collegio sindacale.

Quali criteri dovrà adottare l'OdV per stabilire la periodicità dei controlli?

Una corretta pianificazione dei controlli è possibile solo in seguito alla valutazione della complessità aziendale, che, a titolo esemplificativo, comprende:

- dimensione dell'azienda;
- tipologia dell'effettiva attività svolta dall'azienda;
- ampiezza della struttura organizzativa ed esistenza di adeguati organi di *staff*;
- sistema di deleghe e procure presenti in azienda;
- modalità di svolgimento delle attività più esposte al rischio di reato presupposto (come identificate nel *Risk Assessment*);
- appartenenza o meno ad un gruppo societario (controllata, controllante o collegata);
- accadimenti di particolare rilievo ai fini del D.Lgs. 231/01 in periodi precedenti (es. infortuni gravi);
- presenza di specifici protocolli e procedure (oltre a quelli previsti nei manuali qualità, sicurezza e ambiente).

Poiché la valutazione degli elementi sopra riportati non è sempre agevole, si consiglia di pianificare l'attività di controllo per un periodo minimo di un anno e massimo di tre anni, programmando i controlli con una periodicità almeno trimestrale (bimestrale se in fase di avvio delle attività dell'OdV).

4. - Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, quindi, l'OdV deve prestare particolare attenzione all'organizzazione e pianificazione della sua attività poiché da essa dipende l'efficacia dei controlli e la conseguente tenuta del M.O.G.C..

Pur mantenendo la sua autonomia operativa, l'OdV, nella pianificazione della sua attività di controllo, deve assolutamente cercare la collaborazione delle figure aziendali ritenute chiave nei processi sensibili, concordando le modalità di controllo, i documenti da analizzare e i termini di consegna. Il mancato coinvolgimento e collaborazione di queste figure sarebbe sicuramente un ostacolo al corretto svolgimento delle funzioni dell'OdV.

5. - Riferimenti bibliografici

- Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «Documento n. 18. Linee Guida per l'OdV ex D.Lgs. 231/01 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale». Maggio 2013.
- Strazzeri Ciro Alessio. «Manuale pratico dell'Organismo di Vigilanza. Responsabilità amministrativa d'impresa ex D.Lgs. 231/01. La metodologia E.R.M.E.S. OdV». Wolter Kluwer Italia. Anno 2014.

I flussi informativi nel D.Lgs. 231/2001

Dott. Luca Rigotti

Dottore commercialista, componente della Commissione di Contabilità Finanza e Controllo dell'Associazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso

Abstract

L'Organismo di Vigilanza al fine di poter efficacemente svolgere i compiti ad esso affidati dall'art. 6 lett.b) del D.Lgs. 8 Giugno 2001 n. 231, ovvero la vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello nonché la cura e l'aggiornamento dello stesso, non può non avvalersi di adeguati sistemi che consentano lo scambio di informazioni con la struttura aziendale. Scopo del presente elaborato è quello di analizzare gli obblighi esistenti nei confronti dell'Organismo di Vigilanza in termini di flussi informativi "in entrata" e "in uscita", il contenuto delle singole informazioni, gli interlocutori coinvolti e quanto il modello dovrà contemplare per rispettare il dettato normativo.

1. - Premesse: la normativa e l'importanza dei flussi informativi nel modello di organizzazione, gestione e controllo (m.o.g.c.)

Il D.Lgs. 231/01 all'art. 6 comma 2 lett. d) ha disposto che il modello debba prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli ma nulla ha disciplinato in merito alla funzione da attribuire ai flussi informativi e al

loro contenuto. La relazione di accompagnamento alla norma non fornisce alcun elemento ulteriore. Viceversa, dettagliata analisi in tal senso è rinvenibile nelle Linee Guida elaborate da Confindustria⁶ dove si prevede *che l'obbligo di informazione vada concepito quale ulteriore strumento per agevolare l'attività di vigilanza sull'efficacia del Modello e di accertamento a posteriori delle cause che hanno reso possibile il verificarsi del reato*. Sul punto anche il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili⁷ pone in evidenza come le informazioni siano determinanti per permettere all'Organismo di Vigilanza (in seguito OdV) di svolgere il proprio ruolo. In particolare, si afferma che *i flussi riguardanti l'esecuzione di attività sensibili, le eventuali situazioni anomale o le possibili violazioni del modello vadano definiti in base alle specifiche esigenze del singolo ente, così come emergenti dall'attività di risk assessment*. Solo in tal modo l'OdV potrà essere informato costantemente in ordine ai fatti che potrebbero comportare una responsabilità dell'ente. È quindi di tutta evidenza il fatto che i flussi informativi siano uno strumento fondamentale per l'attività dell'OdV, senza adeguate informazioni sulla struttura aziendale l'OdV non è posto nella condizione di poter svolgere le proprie funzioni. Il concetto si inserisce nel solco già tracciato dai sistemi di controllo interno dove i processi di comunicazione all'interno dell'azienda assurgono a componente essenziale. Ad esempio il modello CoSo (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commissions) ERM

⁶ Linee Guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo - aggiornamento Marzo 2014.

⁷ La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex D.Lgs. 231/01. Gli ambiti di intervento del commercialista. Settembre 2012.

(Enterprise Risk Management) *focalizzato sulla gestione dei rischi d'impresa, sottolinea l'esigenza che nelle aziende siano attivi sistemi in grado di raccogliere ed elaborare le informazioni – sia di fonte interna che di fonte esterna – utili per gestire il rischio*⁸. Sul punto anche la Guardia di Finanza⁹ evidenzia come sia di fondamentale importanza per l'attività dell'OdV che lo stesso sia destinatario di qualsiasi informazione proveniente sia dal *management*, sia da terzi relativa a fatti che possano esporre l'azienda a rischio reato. La Guardia di Finanza precisa altresì come l'assenza di adeguata reportistica possa inficiare l'efficacia del modello privandolo quindi della sua funzione esimente. *La polizia giudiziaria sarà quindi chiamata a stimare la completezza delle informazioni che dovranno essere tali da permettere il funzionamento dei protocolli di prevenzione oltre alla capacità di reazione dell'Organismo stesso.*

2. - I flussi informativi: i destinatari, le caratteristiche e i contenuti

La scelta del Legislatore di non disciplinare le caratteristiche e i contenuti dei flussi informativi da e verso l'OdV, che obbligatoriamente devono essere contemplati ed attuati nelle realtà aziendali dotate di M.O.G.C. in base al D.Lgs. n. 231/01, lascia ampio spazio all'autonomia privata nel disporre in base alla singola fisionomia dell'azienda. Pur tuttavia, è possibile delineare tratti comuni che possano guidare gli operatori nella trattazione della materia. Assodato che il fine

⁸ AODV 231, Position paper "I flussi informativi" 19 marzo 2012.

⁹ Circolare n. 83607 del 19 marzo 2012.

dell'attuazione delle procedure informative sia quello di permettere all'OdV di essere messo a conoscenza con tempestività di quelle situazioni anche ipoteticamente a rischio reato, è evidente che di tale obbligo debbano sicuramente essere investiti i soggetti di cui all'art. 5 1 comma lett. a) e b) del D.Lgs. 231/01. In particolare:

- le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente ovvero 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 (apicali);
- le persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui al punto precedente.

Nulla osta che la platea possa essere ampliata coinvolgendo anche altri soggetti non ricompresi nel novero dei precedenti ma che comunque siano legati all'azienda e che possano fornire informazioni utili allo scopo. Lo stesso Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (C.N.D.C.E.C.) nel documento citato prevede che dirigenti, amministratori, sindaci, dipendenti e collaboratori della società debbano garantire la massima cooperazione con l'OdV trasmettendogli, obbligatoriamente, ogni informazione utile per l'espletamento delle funzioni che gli sono proprie. Sul punto degno di nota anche il regolamento ISVAP, Regolamento n. 20 del 26 marzo 2008 in materia di controlli interni e gestione dei rischi, dove si prevede che *l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di*

risk management e di compliance, l'Organismo di Vigilanza di cui al D.Lgs. 231/01, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti.

Il tema si inserisce altresì nell'ambito dell'adeguatezza dell'assetto societario dove l'art. 2381 5 comma cc prevede che gli organi delegati ne curino l'adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell'impresa riferendo periodicamente al Consiglio di Amministrazione e al collegio sindacale. Altresì l'art. 2403 cc stabilisce che il collegio sindacale vigili sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Il M.O.G.C. dovrà quindi contemplare una dettagliata disciplina dei flussi informativi in entrata e in uscita, nonché delle segnalazioni con analitica indicazione dei soggetti coinvolti, delle notizie oggetto di comunicazione, delle modalità e dei tempi di trasmissione. Sebbene non previsto *ex lege*, si ritiene che anche il Regolamento dell'OdV, in assonanza con quanto previsto nel M.O.G.C., debba prevedere apposita disciplina sul punto.

La legge nulla dispone nemmeno sulle caratteristiche e sui contenuti che devono possedere i flussi informativi obbligando pertanto gli operatori ad affrontare anche questo tema nel più ampio novero delle caratteristiche dei flussi nei sistemi di controllo interno e di gestione del

rischio. Sul punto si ritiene che il documento ISVAP già citato possa essere un valido ausilio. In particolare, l'art. 12 prevede che il sistema dei controlli interni debba garantire che le informazioni siano rispettose dei principi di *accuratezza, completezza, tempestività, coerenza, trasparenza e pertinenza* che trovano le seguenti definizioni:

- accuratezza: le informazioni devono essere verificate al momento della ricezione e anteriormente rispetto al loro uso;
- completezza: le informazioni devono coprire tutti gli aspetti rilevanti dell'impresa in termini di quantità e qualità, inclusi gli indicatori che possono avere conseguenze dirette o indirette sulla pianificazione strategica dell'attività;
- tempestività: le informazioni devono essere puntualmente disponibili, in modo da favorire processi decisionali efficaci e consentire all'impresa di prevedere e reagire con prontezza agli eventi futuri;
- coerenza: le informazioni devono essere registrate secondo metodologie che le rendano confrontabili;
- trasparenza: le informazioni devono essere presentate in maniera facile da interpretare, garantendo la chiarezza delle componenti essenziali;
- pertinenza: le informazioni utilizzate devono essere in relazione diretta con la finalità per cui vengono richieste ed essere continuamente rivedute e ampliate per garantirne la rispondenza

alle necessità dell'impresa.

3. - I flussi informativi verso l'OdV: i flussi periodici, i flussi da "eventi particolari" e le segnalazioni

Individuato lo scopo dei flussi informativi nei confronti dell'OdV quale strumento necessario per permettere allo stesso Organismo di poter adeguatamente svolgere i propri compiti, ben si comprende come le singole funzioni aziendali siano investite da un generico dovere di informativa. Lo stesso Modello dovrà prevedere precipua regolamentazione in tal senso individuando:

- i soggetti destinatari;
- i contenuti delle comunicazioni;
- la periodicità;
- i canali informativi;
- le sanzioni disciplinari in caso di inosservanza.

L'OdV dovrà poi recepire nel proprio Regolamento i criteri e le modalità di conservazione dei flussi informativi in modo da poter adeguatamente gestire il *set* documentale. In particolare, tale *set* è di fondamentale importanza per poter dimostrare lo svolgimento dell'attività da parte dell'Organismo di fronte ad eventuali contestazioni da parte dell'Autorità giudiziaria.

Così come ben evidenziato dalle Linee Guida elaborate da Confindustria è possibile pervenire alla seguente classificazione in base alla periodicità

dei flussi e alla funzione ad essi attribuita:

- flussi periodici;
- flussi per eventi particolari.

I primi, da inserirsi all'interno del novero dei *report* con cadenza periodica, assumono la funzione di *compliance* permettendo all'Organismo di essere costantemente informato in merito allo svolgimento delle attività all'interno delle aree potenzialmente interessate dal rischio reato, i secondi da intendersi quali notizie relative ad anomalie o atipicità a seguito del verificarsi di eventi potenzialmente interessati alla realizzazione di un reato presupposto.

Volendo tracciare un'ipotesi sui soggetti operanti all'interno dell'azienda in aree a rischio reato e quindi coinvolti nella trasmissione delle informazioni, si individua quanto segue:

- responsabile finanza (*Chief financial officer*): per la raccolta delle informazioni afferenti la gestione di tesoreria, ad esempio quanto relativo ai presidi finalizzati a scongiurare la commissione dei reati di riciclaggio e ricettazione nonché i reati contro la PA nel caso di richiesta di finanziamenti o contributi pubblici;
- responsabile amministrazione, controllo di gestione: per informazioni relative alle procedure, istruzioni operative utilizzate per la formazione del bilancio nonché l'esito dei controlli esperiti, il tutto nell'ambito dei presidi attuati al fine di scongiurare la commissione di reati societari;

- responsabile *Information Technology*: per *report* relativi alla sicurezza informatica per quanto attiene i delitti informatici e trattamento dei dati;
- responsabile del personale (*Human Resources*) e soggetti a vario titolo individuati in base al D.Lgs. n. 81/2008 (preposti, delegati, RSPP, medico competente): per informazioni in merito al rispetto della disciplina prevista in materia di sicurezza sul lavoro, evidenza di situazioni di pericolo, eventuali infortuni occorsi e risultanze delle attività ispettive;
- responsabile ufficio legale: per informazioni in merito alla gestione contrattuale e a procedimenti giudiziari che hanno eventualmente interessato l'azienda;
- responsabile di funzioni che intrattengono rapporti con la PA: per informazioni in merito alla partecipazione a gare, appalti, vendite e relazioni istituzionali in genere.

Un continuo confronto deve altresì essere posto in essere con i soggetti operanti nelle funzioni interne di controllo (*compliance – internal audit – collegio sindacale*) in relazione alle aree presidiate e all'esito delle verifiche effettuate. Per una dettagliata analisi della materia si rimanda ad apposita trattazione contenuta all'interno della pubblicazione.

I flussi informativi connessi ad "eventi particolari" rispondono invece all'esigenza di mettere tempestivamente a conoscenza l'OdV di quelle situazioni in contrasto con i presidi dettati dal modello e quindi

potenzialmente interessate alla realizzazione di reati presupposto. Il M.O.G.C. dovrà quindi prevedere un'indicazione analitica degli "eventi particolari" da cui origina un obbligo di informazione nei confronti dell'OdV. Situazioni foriere di criticità potrebbero ravvisarsi in:

- avvio di procedimenti da parte di organi di polizia giudiziaria nei confronti di soggetti appartenenti all'ente relativamente a reati di cui al D.Lgs. 231/01;
- violazione dei presidi finalizzati a scongiurare il realizzarsi di reati presupposto;
- procedimenti disciplinari nei confronti di soggetti appartenenti all'ente connessi ai reati presupposto;
- eventi potenzialmente legati ai reati di cui al D.Lgs. 231/01 (ad esempio infortuni sul lavoro);
- commissione di reati di cui al D.Lgs. 231/01;
- richieste di assistenza legale inoltrate da soggetti appartenenti all'ente a seguito di intervento della Magistratura in fatti a rilevanza penale di cui al D.Lgs. 231/01;
- informazioni in merito a richieste di erogazione di finanziamenti ovvero di contributi pubblici.

Secondo quanto evidenziato dall'Associazione Italiana *Internal Auditors*¹⁰ i flussi informativi verso l'OdV sono principalmente riconducibili a segnalazioni su fatti specifici, report strutturati dalle funzioni aziendali, flussi provenienti dagli Organismi di Vigilanza delle controllate. Nell'ambito di tali flussi le segnalazioni di violazioni del modello pervengono all'Organismo di Vigilanza tramite uno o più canali informativi dedicati: e-mail, fax e casella vocale.

Il tema delle segnalazioni, ossia le comunicazioni in forma anonima o meno, provenienti dall'interno ovvero dall'esterno dell'azienda da singoli soggetti (cd. *whistleblowing*), è alquanto delicato. Se da un lato rappresenta un valido indicatore sull'efficace attuazione e comprensione del modello per cui se ne sensibilizza l'uso, dall'altro richiede l'utilizzo di adeguati strumenti a tutela delle eventuali ripercussioni in capo ai segnalanti nel rispetto dell'attuale disciplina in materia di trattamento dei dati personali (normativa sulla *privacy*). Il termine *whistleblowing* mutuato dall'esperienza americana e anglosassone rappresenta lo strumento utilizzato per comunicare l'esistenza di situazioni di rischio ovvero illeciti, negligenze, comportamenti difformi dalle procedure. Sebbene ancora lontano dalla cultura italiana in cui il *whistleblower* assume connotati prevalentemente negativi in termini di delatore, spia, non si può non attribuire ad esso una notevole importanza all'interno della disciplina del D.Lgs. 231/01 quale efficace strumento di

¹⁰ Confindustria, Associazione Italiana *Internal Auditors*, Osservatorio D.Lgs. 231/01. *La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate*, gennaio 2007 p.9.

prevenzione dei reati presupposto¹¹. Un valido esempio di Linee Guida finalizzate al recepimento di sistemi interni di segnalazione si rinviene nella circolare della Banca d'Italia - Ottobre 2015 - aggiornamento n. 285 in cui si prevede che le banche si dotino di sistemi interni volti a permettere la segnalazione da parte del personale di atti o fatti in violazione delle norme in materia di attività bancaria tali da garantire in ogni caso la riservatezza e la protezione dei dati personali del soggetto che effettua la segnalazione e del soggetto eventualmente segnalato. È indubbio che un puntuale riscontro da parte dei soggetti operanti all'interno dell'azienda sull'esistenza di eventuali anomalie da attuarsi mediante comunicazioni all'OdV, permetterebbe allo stesso di ottenere elementi importanti sull'attuazione del M.O.G.C.. Di converso, una sensibilizzazione degli operatori in tal senso non deve incentivare l'utilizzo di informazioni improprie (rumors interni) inutili allo scopo. In particolare, le note Linee Guida elaborate da Confindustria precisano che *l'obbligo di informazione intende realizzare quel sistema di reporting di fatti e/o comportamenti reali che non segue la linea gerarchica e che consente al personale di riferire casi di violazione di norme all'interno dell'ente, senza timore di ritorsioni. In questo senso, l'Organismo di Vigilanza assume anche le caratteristiche dell'Ethic Officer, privo però dei poteri disciplinari che sarà opportuno allocare in un apposito comitato ovvero, nei casi più delicati, in capo al Consiglio di Amministrazione.*

¹¹ Approfondita trattazione sull'argomento è rinvenibile rispettivamente in Rivista 231 n. 4/2010 e n. 2/2015: "L'utilizzo di un sistema di Whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati" - D.ssa Patrizia Ghini, "La figura del Whistleblower in Italia" - Dott. Liguori.

4. - I flussi informativi da parte dell'OdV: informativa su base continuativa, informativa periodica, informativa immediata o d'urgenza, informativa a richiesta

L'OdV quale organo indipendente in posizione gerarchica sovraordinata, privo di autonomi poteri gestori e dotato di poteri di vigilanza sull'efficace attuazione del modello, esplica la propria attività mediante precipui flussi informativi nei confronti dei soggetti operanti all'interno dell'azienda. Una possibile classificazione delle informazioni "in uscita" dall'Organismo potrebbe essere così individuata:

- informativa su base continuativa;
- informativa periodica;
- informativa immediata o d'urgenza.

Nel primo caso, informativa su base continuativa, l'organo amministrativo sarà destinatario di informazioni in merito all'attività svolta dall'OdV, ad esempio in termini di proposte di variazioni al M.O.G.C. a seguito di intervenute modifiche normative.

L'informativa periodica invece ha lo scopo di fornire apposito *report*

all'organo amministrativo e all'organo di controllo sull'attività di verifica svolta dall'OdV e sull'esito della stessa. In assenza di normativa avente ad oggetto la tempistica da rispettare, si ritiene sia lo stesso OdV deputato a fissare la cadenza temporale in base alle caratteristiche della singola realtà aziendale con conseguente recepimento nel proprio Regolamento. Nella prassi si riscontra che nella maggior parte dei casi le relazioni periodiche rispettano una cadenza semestrale ovvero annuale. Il contenuto delle relazioni può così essere sintetizzato:

- descrizione dell'attività svolta dall'OdV nel periodo di riferimento;
- evidenza delle eventuali criticità riscontrate durante l'esecuzione dei *tests* ovvero delle interviste;
- riscontro delle segnalazioni ricevute e delle azioni di rimedio suggerite;
- programma annuale delle verifiche e delle riunioni da eseguirsi con individuazione dei presidi oggetto di vigilanza.

L'informativa immediata risponde invece all'esigenza di rendere edotti l'organo amministrativo e l'organo di controllo in merito a fatti di notevole gravità riscontrati nel corso dello svolgimento dell'attività dell'OdV che evidenziano violazione dei presidi ed esponano quindi l'ente al rischio che si verifichi un reato presupposto.

5. - I flussi informativi nella giurisprudenza

La Giurisprudenza si è espressa sulle caratteristiche del M.O.G.C. al fine di poter garantire all'ente che se ne è dotato l'efficacia esimente, così come disciplinato dall'art. 6 del D.Lgs. 231/01. In particolare, il modello dovrà essere espressione di un complesso di presidi, procedure, istruzioni operative atte a "fotografare" la realtà aziendale nel sua complessa dinamicità e non certo il risultato di una mera impostazione formale. Sul punto, l'Ordinanza del Tribunale di Napoli - GIP dott.ssa Saraceno del 26 giugno 2007 dispone che *i modelli, in quanto strumenti organizzativi della vita dell'ente, devono qualificarsi per la loro concreta e specifica efficacia e per la loro dinamicità: essi devono scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale*. Per quanto oggetto della presente disamina, l'Ordinanza del Tribunale di Milano - GIP dott. Secchi del 20 settembre 2004, riconosce come adeguate le misure cautelari interdittive in quanto, tra le altre, riscontra che nel modello *non è previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'Organismo di Vigilanza notizie rilevanti relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati*. Oltremodo rileva come le indicazioni fornite in merito ai flussi informativi siano *estremamente generiche senza alcuna concreta indicazione sulle modalità attraverso le quali coloro che vengono a conoscenza dei comportamenti illeciti possano riferire all'Organismo di Vigilanza*.

La Suprema Corte nella nota sentenza n. 4677, depositata il 30 gennaio 2014, è intervenuta sull'idoneità dei M.O.G.C. e sulle corrette modalità

di svolgimento e attuazione in base al D.Lgs. 231/01. La vicenda riguardava l'imputazione di Impregilo S.p.A per responsabilità amministrativa conseguente ad illecito di cui all'art. 25 *ter* lett. a) e r) per aggio taggio informativo e falso in bilancio. Il GIP aveva disposto il proscioglimento riconoscendo efficacia esimente del M.O.G.C.. La sentenza impugnata dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Milano ha rimesso la questione dinnanzi la Suprema Corte che annulla la sentenza impugnata rinviando la decisione finale ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano. In particolare, gli ermellini, soffermandosi sul reato di aggiotaggio quale tipico reato di comunicazione, precisano che gli obblighi di informazione previsti dall'art. 6 secondo comma lett.d) servono per consentire all'OdV l'esercizio "autonomo" del potere di vigilanza nonché un adeguato sistema disciplinare lett.e). Rilevano altresì come, nel caso di specie, non sia chiaro se la procedura adottata da Impregilo prevedesse che i comunicati fossero inviati all'OdV affinché lo stesso potesse esercitare i propri compiti. Sottolineano inoltre che se l'OdV non fosse stato destinatario dei comunicati da cui è originato il reato in questione il controllo di cui all'art. 6 si ridurrebbe a mero simulacro e pertanto il modello organizzativo non può essere ritenuto idoneo a impedire la consumazione del reato.

6. - Conclusioni

Sulla scorta di quanto descritto, ben si comprende come il tema dei flussi

informativi nel D.Lgs. 231/01 rivesta un ruolo fondamentale sia per l'attività dell'OdV sia per l'efficacia esimente del M.O.G.C.. Un'adeguata ed efficiente attività di vigilanza da parte dell'OdV potrà essere svolta solo in presenza di informazioni puntuali e tempestive su situazioni anche ipoteticamente a rischio reato. L'ampio spazio lasciato dal Legislatore all'autonomia privata nel regolamentare la materia impone agli operatori delle singole realtà aziendali di definire modi, contenuti e termini tali da determinare adeguata reportistica finalizzata allo scopo.

7. - Riferimenti bibliografici

- Linee Guida Confindustria per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo - aggiornamento Marzo 2014.
- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex D.Lgs. 231/01. Gli ambiti di intervento del commercialista». Settembre 2012.
- AODV 231, Position paper "I flussi informativi" Edizione 1.0 del 19 marzo 2012.
- Comando Generale della Guardia di Finanza III Reparto Operazioni - Ufficio Tutela Economia e Sicurezza, Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali, Volume III "Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato",

Circolare n. 83607/2012.

- D.ssa Patrizia Ghini - “L’utilizzo di un sistema di *Whistleblowing* quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati” - Rivista 231 n. 4/2010 - pag. 203 - Ed. Plenum S.r.l..
- Dott. Liguori - “La figura del *Whistleblower* in Italia” -Rivista 231 n. 2/2015 - pag. 155 - Ed. Plenum S.r.l..
- Confindustria, Associazione Italiana Internal Auditors, Osservatorio D.Lgs. 231/01. La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un’indagine sull’adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate, gennaio 2007 p.9.

La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza

Dott. Ciro Santoriello

Sostituto procuratore presso la Procura della Repubblica di Torino

Abstract

Il lavoro esamina la tematica della possibile responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza. Il tema è affrontato differenziando le diverse ipotesi di reato presupposto della responsabilità amministrativa degli enti collettivi e ciò in ragione del fatto che mentre per alcuni illeciti non è minimamente da porsi in dubbio l'estraneità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza dal fatto di reato, per altre tipologie di illeciti - ed in particolare quelli di natura colposa - le problematiche da affrontare sono di maggiore spessore, anche se la soluzione pare dover essere sempre quella di escludere la responsabilità penale dei soggetti in parola.

1. - Considerazioni introduttive

Con riferimento al tema dell'eventuale rilevanza penale delle condotte che i componenti dell'Organismo di Vigilanza possono assumere nell'esercizio dei loro poteri di controllo e sorveglianza sull'operato dell'ente collettivo, è bene premettere che, diversamente da quanto può dirsi con riferimento alla tematica della responsabilità civile dei medesimi soggetti, il novero delle fattispecie penali di cui costoro possono essere protagonisti è decisamente ridotto, stante il fatto che la

loro posizione all'interno della persona giuridica non risulta funzionale ad una gestione dell'ente né consente loro di intromettersi nelle scelte dell'imprenditore circa le modalità di conduzione dell'impresa¹². Per comprendere le ragioni di questa affermazione, occorre operare, nell'esame della responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza, una importante distinzione, essendo necessario differenziare fra la eventuale partecipazione di tali soggetti nei cosiddetti reati presupposto considerati dagli artt. 24 ss. D.Lgs. 231/01 da un lato, e le fattispecie criminose non richiamate dal D.Lgs. 231/01 ma che ciò nonostante possono comunque essere realizzate da quanti compongono l'organo collegiale in parola dall'altro. La nostra analisi inizierà proprio da tale secondo ambito, trattandosi del profilo meno complesso anche in ragione del fatto che il novero dei reati rientranti in tale cerchia è estremamente ridotto.

¹² Sulle diverse funzioni che sono attribuite all'Organismo di Vigilanza ed ad altri organi collegiali di controllo – come, ad esempio, il collegio sindacale – si tornerà più avanti. In ogni caso, sulle funzioni dell'Organismo di Vigilanza con riferimento alla disciplina di cui al D.Lgs. 231/01, cfr. A.BAUDINO e U. BOCCHINO, *I modelli di organizzazione*, cit., 12; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 132; CATALANO, *Organismo di Vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in questa *Rivista*, 2007, 1, 17; SCAFIDI – ANNOVAZZI, *Il ruolo del collegio sindacale nell'ambito dei Modelli Organizzativi ex D.Lgs. 231/01 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e controllo*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2007, 2, 109 e 2007, 3, 103; ROMOLOTTI, *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, *ivi*, 2008, 4, 87.

2. - Le violazioni in tema di normativa di prevenzione dell'attività di riciclaggio

Laddove l'interprete ricerchi nel nostro ordinamento penale - ed al di fuori delle ipotesi richiamate dagli artt. 24 e ss. Del D.Lgs. 231/01 - quali fattispecie penali possano essere realizzate da quanti facciano parte di un Organismo di Vigilanza, l'attenzione viene richiamata da una sola figura di reato, per di più di recente introduzione. Il riferimento in particolare è al combinato disposto di cui agli artt. 52 e 56 del D.Lgs. 231/07, contenente la normativa in tema di prevenzione dell'attività di riciclaggio: la prima disposizione fa espressamente obbligo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 231/01 di comunicare "*a) ... senza ritardo alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2; b) ... senza ritardo al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia; c) ... entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12, 13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia; d) ... entro trenta giorni, alla UIF le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia*"; l'omessa effettuazione di tali comunicazioni viene punita dall'art. 55, comma 5, con la pena della reclusione fino ad un anno e con la multa da 100,00 ad €. 1.100,00¹³.

¹³ Su tale disciplina, in termini generali, AMODIO, *Prevenzione del riciclaggio ed obblighi di collaborazione dei professionisti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1051. Con particolare riferimento

In base alle predette disposizioni, dunque, all'Organismo di Vigilanza vengono assegnati specifici obblighi di comunicazione, tanto nei confronti di soggetti facenti parte dell'organizzazione del medesimo ente nel cui ambito il collegio opera che nei confronti di estranei alla medesima persona giuridica. Rientrano nella seconda categoria le comunicazioni da rendere, in base all'art. 52, comma 2, lett. a) citato, alle autorità di vigilanza di settore e relative agli atti o ai fatti di cui l'Organismo venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti e che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7, comma 2, del decreto antiriciclaggio: ciò significa che *“il rispetto delle disposizioni delle autorità di vigilanza circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, organizzazione, registrazione, procedure e controlli interni, dovrà essere oggetto di supervisione da parte dell'Organismo di Vigilanza; corollario di detta previsione è che tali disposizioni dovranno essere quindi recepite nei protocolli dell'ente”*¹⁴.

Ulteriore obbligo di comunicazione esterna è previsto dal comma 2 lett. c) del medesimo art. 52 nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze in materia con riferimento alle infrazioni relative alle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore ed al divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia¹⁵.

alla posizione dell'Organismo di Vigilanza, cfr. ROMOLOTTI, *Prove di ingegneria genetica sull'Organismo di Vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 1, 87.

¹⁴ ROMOLOTTI, *Prove di ingegneria cit.*, 88.

¹⁵ Secondo ROMOLOTTI, *Prove cit.*, 88, tale obbligo di comunicazione sussiste anche con riferimento ad infrazioni e violazioni di cui l'Organismo di Vigilanza abbia notizia a

Ancora la lett. d) comma 2 dell'art. 52 prevede l'obbligo di comunicazione all'Unità di Informazione Finanziaria delle infrazioni alle disposizioni contenute nell'art. 36 del D.Lgs. 231/07 - ovvero le eventuali violazioni degli obblighi di registrazione - di cui l'Organismo abbia notizia nell'esercizio delle sue funzioni¹⁶.

Quanto alle comunicazioni interne all'ente, ai sensi della lett. b) del comma 2 del citato art. 52, l'Organismo di Vigilanza comunica al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato le infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 41 di cui abbia notizia.

Come detto, la mancata effettuazione delle predette comunicazioni determina la responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza. Ovviamente, l'omissione, per essere penalmente rilevante, dovrà essere stata determinata da una intenzione dolosa del soggetto agente, non rilevando invece i mancati adempimenti dovuti a mera colpa del singolo¹⁷. Essendo inoltre l'Organismo in parola nella gran

prescindere dall'esercizio delle sue funzioni, ma tale tesi - che si fonda sulla circostanza che la disposizione non richiama l'inciso "nell'esercizio dei propri compiti" - ci pare estenda oltre misura l'obbligo di controllo gravante sui componenti dell'Organismo di Vigilanza.

¹⁶ Anche in relazione a tale ipotesi, la disposizione non richiama - quale presupposto per la sua applicazione - che il Comitato di Vigilanza venga a conoscenza dei fatti nel corso o a causa dello svolgimento dei suoi compiti, ma per le ragioni esposte nella nota precedente riteniamo corretta la tesi esposta nel testo.

¹⁷ Il problema si pone in particolare con riferimento all'obbligo di segnalazione delle cosiddette operazioni sospette di cui all'art. 52, comma 2, lett. b). Trattasi infatti di concetto di non semplice individuazione, giacché l'interpretazione di tale tipologia di operazioni è caratterizzata da un considerevole grado di opinabilità e quindi laddove l'omessa comunicazione dell'effettuazione di tali operazioni fosse punita anche a titolo di colpa si amplierebbe in maniera assolutamente considerevole lo spettro delle responsabilità penali individuabili in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza.

parte dei casi un organo collegiale, la circostanza che la comunicazione dovuta sia stata posta in essere anche da uno solo dei componenti, rende irrilevante l'atteggiamento silente degli altri – quand'anche quest'ultimi avessero effettivamente intenzione di non procedere alla comunicazione richiesta.

Quanto alla valutazione che può farsi circa l'opportunità di introdurre un sistema di sanzioni penali nei confronti dei componenti dell'Organismo di Vigilanza per l'inosservanza degli obblighi in tema di prevenzione dell'attività di riciclaggio, la dottrina si mostra in proposito giustamente critica sostenendo che la riforma ha snaturato la funzione di tale organo, *“rendendolo una sorta di (brutta) copia parallela e con identici obblighi di altre funzioni della società quali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati”*¹⁸. Indubbiamente, la normativa contenuta nel D.Lgs. 231/07 rischia di modificare radicalmente la natura e le funzioni dell'Organismo di Vigilanza, il quale, da collegio a rilevanza meramente interna, che dovrebbe svolgere il proprio ufficio nell'interesse esclusivo dell'ente onde evitare che questi possa subire le conseguenze di condotte illecite tenute da determinati soggetti,

¹⁸ ROMOLOTTI, *Prove cit.*, 90, evidenza anche *“il diverso elemento genetico che caratterizza l'Organismo di Vigilanza dagli altri organi societari. Questi ultimi sono normativamente previsti, necessari, con funzioni dettagliatamente previste dalle disposizioni applicabili a garanzia della società stessa e dei terzi; in sostanza, si tratta di soggetti eteronormati, relativamente ai quali l'ente di riferimento non gode sostanzialmente di autonomia nel definirne le attività, [mentre] diversa è la natura dell'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/01, [che] ... è elemento di un sistema di organizzazione e gestione istituito su base volontaria, [la cui funzione] ... non è imposta dalla legge, ma è autonomamente definita dal singolo ente sulla base delle proprie esigenze, come dallo stesso percepite”*.

acquisisce ora - a seguito delle novità normative contenute nell'art. 52 sopra analizzato - una rilevanza anche nei confronti diversi dalla persona giuridica nel cui ambito opera, con la conseguenza che mentre prima il mancato corretto svolgimento dell'attività dell'Organismo non aveva ripercussioni ulteriori rispetto alla responsabilità dell'ente - oltre alla possibile ed l'eventuale responsabilità dei componenti verso la società stessa - ora tale inadempimento può realizzare la violazione di un precetto sanzionato penalmente.

3. - La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza in relazione ai reati - presupposto della responsabilità dell'ente collettivo

I reati di concussione e corruzione

Assolutamente diversa si presenta l'analisi circa la responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza e dei suoi componenti quando la stessa venga condotta con riferimento alle fattispecie di reato ricomprese nel D.Lgs. 231/01 ed ivi considerate quali illeciti presupposto della responsabilità dell'ente collettivo.

Un primo problema si pone in relazione al fatto che buona parte degli illeciti penali richiamati dagli artt. 24 e seguenti del D.Lgs. 231/01 rientrano fra i cosiddetti "reati propri", ovvero sono delitti che possono essere realizzati e commessi solo da soggetti in possesso di una determinata qualifica normativamente definita. In particolare, fra gli

illeciti penali che possono fungere da presupposto della responsabilità dell'ente hanno la qualifica di "reati propri", 1) i delitti di concussione e corruzione - ovviamente, in tale ultimo caso, con riferimento alla persona corrotta - essendo necessaria in capo al soggetto agente la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; 2) tutti i delitti in materia societaria disciplinati dagli artt. 2621 - 2640 del codice civile, dovendo il soggetto agente essere amministratore, componente del collegio sindacale, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, socio conferente, direttore generale o liquidatore della persona giuridica; 3) i reati di omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione delle norme sulla salute e tutela della sicurezza sul lavoro, dei quali possono essere chiamati a rispondere, giusto quanto prevedono gli artt. 2, 55 e 56 del recente decreto legislativo n. 81 del 2008, solo il datore di lavoro, dirigente, preposto, responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

La domanda che occorre porsi, quindi, allorché si voglia verificare la responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza per gli illeciti indicati appena sopra ai numeri 1, 2 e 3, è se la qualifica di componente del suddetto Organismo rientri o meno fra le figure soggettive considerate dalle diverse disposizioni richiamate degli artt. 24 ss. D.Lgs. 231/01 quali possibili responsabili degli illeciti penali.

La risposta a tale quesito è decisamente negativa con riferimento ai delitti di concussione e corruzione. Se infatti è senz'altro possibile che gli amministratori o i direttori generali di una persona giuridica possano

rivestire la qualifica di pubblico ufficiale o (con un maggiore grado di probabilità) di incaricato di pubblico servizio, allorché la società da loro gestita, pur se di diritto privato, svolga comunque attività di carattere o rilievo pubblicistico - si ricorda infatti che gli artt. 357 e 358 c.p. hanno accolto la concezione c.d. funzionale-oggettiva della nozione di pubblico ufficiale, non considerando invece più rilevante l'eventuale rapporto di dipendenza del singolo dallo Stato o da altro ente pubblico, essendo invece rilevante l'effettivo svolgimento di attività pubblicistica - è da escludere che tale medesima qualifica possa essere attribuita ai componenti dell'Organismo di Vigilanza. Tale organo, infatti, nonostante la rilevanza dei suoi compiti e nonostante il fatto che l'efficace svolgimento del suo ruolo possa rivestire un considerevole interesse per la collettività - potendo l'Organismo di Vigilanza scongiurare che l'ente collettivo funzionalizzi le proprie potenzialità operative al raggiungimento di finalità illecite e criminose - ha comunque natura esclusivamente privatistica e risulta assolutamente privo dei poteri tipici della potestà amministrativa, né tanto meno può formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione ovvero esercitare poteri autoritativi, deliberativi o certificativi.

In conclusione, dunque, laddove ci si avveda che la struttura organizzativa della società sia utilizzata dagli amministratori per commettere i reati di concussione o corruzione - grazie ai particolari poteri autorizzativi e di pubblica amministrazione riconosciuti alla persona giuridica - nessuna conseguenza penale può derivare in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza, anche in caso di un

insoddisfacente adempimento dei loro compiti.

Sul punto, tuttavia, va fatta una precisazione. Infatti, la circostanza che i componenti dell'Organismo di Vigilanza, non essendo pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, non possano essere chiamati a rispondere in prima persona dei reati di concussione o corruzione, non esclude che costoro possano concorrere a vario titolo al reato commesso dagli amministratori quando abbiano intenzionalmente e previo accordo favorito la condotta delittuosa di questi ultimi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'amministratore di una società per azioni che svolge un'attività di interesse pubblico (ad esempio, la gestione di una rete metropolitana), prima di ricevere una somma di denaro costituente il corrispettivo di un accordo corruttivo per l'affidamento ad un'altra ditta di lavori di manutenzione della linea di trasporti, si premuri di accordarsi con i componenti dell'Organismo di Vigilanza affinché questi non chiedano spiegazioni circa le modalità di affidamento dell'appalto. In tali casi, dunque, il soggetto che partecipa ai lavori dell'Organismo di Vigilanza non riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio ma ciò nonostante coopera nell'azione criminosa con altro soggetto che risulta titolare di quella qualifica giuridica e dunque partecipa, in qualità di cd. *extraneus*, alla violazione dei precetti di cui agli artt. 317 ss. c.p. e di tali reati dovrà rispondere.

La violazione delle norme antinfortunistiche

Analoghe conclusioni valgono con riferimento ai reati di omicidio e

lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione alle norme sulla salute e tutela della sicurezza sul lavoro. Anche in ordine alle fattispecie previste e punite dagli artt. 589 e 590 c.p. – nonostante in entrambe le disposizioni compaia, per indicare il destinatario della prescrizione, l'espressione "chiunque" – si è in presenza di reati propri, che possono essere commessi – secondo quanto è dato di desumere dal combinato disposto degli artt. 2, 55 e 56 D.Lgs. n. 81 del 2008 – solo dal datore di lavoro, dal dirigente, dal preposto e dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

In base al citato art. 2, il datore di lavoro è il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa; il dirigente è la persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa; il preposto è colui che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa; il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, infine, è chi sia in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'[art. 32](#) del medesimo

decreto legislativo n. 81 designato dal datore di lavoro per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

È evidente che nessuna di tali qualifiche può essere riferita a chi partecipi ai lavori dell'Organismo di Vigilanza e quindi anche in relazione ai reati in parola non può ritenersi sussistente una possibile responsabilità di questi ultimi.

A contrasto di questa conclusione non può richiamarsi il disposto di cui all'art. 30, commi 3 e 4, D.Lgs. n. 81 del 2008, in base al quale l'organo di controllo deve provvedere alla verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio di infortuni nei luoghi di lavoro gestiti dall'impresa collettiva, nonché deve controllare l'efficace funzionamento del modello organizzativo adottato dall'ente onde prevenire sinistri ed incidenti alla salute dei lavoratori. Gli obblighi suddetti infatti gravano sull'Organismo di Vigilanza non in quanto a tale organo compete la prevenzione degli eventi di lesione ai danni dei dipendenti dell'impresa, bensì in quanto – come chiaramente indica il primo comma del medesimo art. 30 citato – solo tale efficace funzionamento dell'Organismo di Vigilanza può avere un'efficacia esimente della responsabilità delle persone giuridiche di cui al D.Lgs. 231/01. Detto altrimenti, il combinato disposto di cui agli artt. 25-*septies* D.Lgs. 231/01, 589 e 590 c.p., 30 D.Lgs. n. 81 del 2008, non fonda certo una responsabilità degli Organismi di Vigilanza e dei relativi componenti per i reati di lesioni od omicidio colposo, di cui rispondono solo i soggetti indicati dall'art. 2 D.Lgs. n. 81 del 2008: le predette disposizioni,

infatti, indicano solo le modalità, le condizioni in presenza delle quali la società il cui dipendente si sia infortunato nel corso della sua attività lavorativa può andare esente da responsabilità nonostante la lesione alla salute del dipendente sia addebitabile ad un atteggiamento negligente di uno dei dirigenti.

In via conclusiva, in base ai citati artt. 25-*septies*, 589 e 590 c.p., i componenti dell'Organismo di Vigilanza devono operare per garantire e controllare il corretto funzionamento del modello societario di organizzazione e gestione per la prevenzione dei rischi contro la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro: tuttavia, se non adempiono a tale obbligo e si verifica un infortunio a carico di uno dei dipendenti dell'impresa, nei loro confronti può maturare una ipotesi di responsabilità civile nei confronti dell'ente collettivo nel cui ambito operano, ma nessuna contestazione di violazione delle previsioni penali di cui agli artt. 589 e 590 c.p. può essere loro mossa.

Va detto tuttavia che - al pari di quanto sostenuto per i reati di concussione e corruzione - anche in relazione ai reati di omicidio o lesioni colpose i componenti dell'Organismo di Vigilanza possono rispondere a titolo di cooperazione colposa con la condotta del datore di lavoro, del dirigente, del preposto ecc., specie nei casi di colpa cosciente: il tema è piuttosto complesso e su di esso ci siamo già soffermati in altra sede¹⁹, per cui ci limitiamo qui a brevi accenni, facendo ricorso ad una

¹⁹ SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 1, 161.

esemplificazione pratica. Si ipotizzi che il dirigente di uno stabilimento aziendale decida, nella speranza così di ben figurare in sede di valutazione del suo lavoro, sui costi per la sicurezza e riduca quindi la spesa per la tutela dei lavoratori, ritenendo che anche con i minori importi da lui stanziati non dovrebbero verificarsi infortuni ai danni dei dipendenti; allorquando in conseguenza degli inopportuni risparmi di spesa operati dal dirigente si verifica un serio infortunio ai danni di un lavoratore, se l'Organismo di Vigilanza non si è avveduto della dissennata intenzione dell'amministratore, non vi sarà alcuno spazio per una formulazione di una imputazione a titolo di colpa ai danni dei componenti dell'Organismo, posto che su costoro non grava un obbligo di garanzia e di impedimento di eventi dannosi a carico dei dipendenti dell'azienda²⁰. Diversa è invece la conclusione, allorquando l'Organismo di Vigilanza sia stato avvisato dal dirigente della sua scelta di politica aziendale ed abbia concordato su tale impostazione, contribuendo mediante la propria valutazione positiva a far accettare questa soluzione ai dipendenti ed agli altri amministratori dell'ente; in tale ipotesi, infatti,

²⁰ In questo senso anche CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2008, 589, secondo il quale "la sussistenza di una posizione di garanzia presuppone che al dovere giuridico di intervenire per salvaguardare il bene corrisponda l'attribuzione di poteri che pongano il garante in condizione non solo di realizzare una delle condizioni indispensabili ad evitare l'offesa ma anche e soprattutto di provvedere alla salvaguardia dello stesso ... [e] l'organo di vigilanza non appare dotato di poteri impeditivi autonomi, tali da farne un effettivo garante". Così anche ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel D.Lgs.8 giugno 2001 n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2007, 463; LANZI, *La responsabilità penale degli organi sociali di gestione*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario. Profili civili e penali*, a cura di LANZI - FRANCESCHELLI, Milano 2004, 251; PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2008, 149.

l'intervento dell'Organismo di Vigilanza riveste una ben determinata e significativa valenza causale rispetto al verificarsi dell'infortunio, potendo sostenersi che laddove l'organo di controllo avesse censurato l'operato del dirigente il sinistro non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in maniera meno grave: in tale ipotesi, quindi, può - anche se formuliamo tale conclusione in via dubitativa - chiamarsi il componente dell'Organismo di Vigilanza a rispondere ai sensi dell'art. 113 c.p. dei delitti di omicidio o lesioni colpose ai danni dei lavoratori dell'ente.

I reati societari

Più articolato, infine, si presenta la riflessione da svolgere in relazione alla possibile responsabilità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza per i reati societari disciplinati dagli artt. 2621 e seguenti del codice civile. Si è già detto che i soggetti attivi di tali illeciti possono essere solo l'amministratore, i componenti del collegio sindacale, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, il socio conferente, il direttore generale o il liquidatore della persona giuridica ed è evidente che i componenti dell'Organismo di Vigilanza non possono rientrare - in quanto tali - in nessuna di queste categorie, con la conseguenza che tali soggetti non potranno essere chiamati a rispondere per le violazioni disciplinate dal codice civile non essendo titolari delle qualifiche societarie richieste.

Onde superare tale conclusione non può essere richiamata neppure la previsione di cui all'art. 2639 comma 1 cod. civ., secondo cui per i reati

previsti dagli artt. 2621 e seguenti “al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione”. Come è noto, tale equiparazione - che accoglie il principio di irrilevanza della denominazione formale rispetto al contenuto della funzione esercitata, imponendo di accertare la titolarità della qualifica richiesta dalla legge penale sulla base del contenuto della funzione corrispondente, e quindi dei poteri e dei doveri che ne garantiscono l'esercizio, senza che rilevi la particolare denominazione impressa dalla legge civile a chi ne risulti titolare - si giustifica per il fatto che la riforma dei reati societari ha preceduto quella della disciplina civilistica, cosicché il legislatore penale ha operato senza poter conoscere le scelte che sarebbero maturate nella definizione degli organi delle società di capitali, per cui era necessario adottare una previsione normativa che consentisse di rendere le singole fattispecie incriminatrici, strutturate sulla base di tipologie più ristrette di soggetti attivi, operanti anche relativamente alle nuove figure soggettive previste in sede civilistica, con nomi diversi ma con funzioni almeno in parte sovrapponibili - si pensi, ad esempio, nel sistema dualistico, alla figura del consigliere di gestione, introdotta dalla riforma della disciplina delle società di capitali, ed equiparata, a fini penalistici e proprio in virtù dell'art. 2639 in commento, alla figura dell'amministratore²¹.

²¹ Sulla *ratio* dell'art. 2639 cod.civ., cfr. ALESSANDRI, *I Soggetti*, in AA.VV, *Il nuovo*

Nonostante però la funzione dell'art. 2639 sia quella di consentire un ampliamento dell'area di applicabilità degli art. 2621 ss. cod. civ., tale previsione non consente di superare la conclusione da noi in precedenza formulata giacché – come correttamente sostenuto in dottrina²² – il comma primo dell'art. 2639 cod. civ. non può operare rispetto agli organismi interni di vigilanza creati in esplicitazione dell'autonomia statutaria o in relazione alle previsioni del D.Lgs. 231/01, trattandosi di soggetti la cui istituzione ed il cui funzionamento non sono regolamentati all'interno del codice civile e che svolgono funzioni non equiparabili a quelle attribuite all'amministratore, ai componenti del collegio sindacale, al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, al socio conferente, al direttore generale ed al liquidatore della persona giuridica²³.

diritto penale delle società commerciali, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 40; BIANCONI, Art. 2639 c.c., in AA.VV, *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali d'udienza*, a cura di PADOVANI, Milano, 2003, 1338; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 130; ROSSI, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, 898; MERENDA, *Art.2639*, in *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, a cura di RONCO – ARDIZZONE, Torino 2007, 1981.

²² Così ALESSANDRI, *I soggetti cit.*, 40; MERENDA, *Art.2639 cit.*, 1982; FOFFANI, *Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO - PALIERO, Padova, 2003, 1919; NAPOLEONI, *Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di BONFANTE - CORAPI - MARZIALE - RORDORF - SALAFIA, Milano, 2004, 1872.

²³ Chiaramente, anche in relazione ai reati societari, la circostanza che i componenti dell'Organismo di Vigilanza non rivestano la qualifica soggettiva richiesta dalla fattispecie penale non esclude una loro possibile responsabilità per il reato a titolo di concorso con l'amministratore, il direttore generale ecc. Valgono nel caso di specie le medesime argomentazioni che si sono sviluppate con riferimento ai reati di concussione o corruzione o in ordine alla violazione della normativa antinfortunistica ed a cui, per ragioni di sintesi e brevità, ci si richiama.

I reati comuni richiamati dagli artt. 24 e seguenti del D.Lgs. 231/01

Per terminare l'indagine sulle possibili ipotesi di responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza, occorre ora riflettere su quali possano essere le modalità di partecipazione criminosa di questi soggetti agli altri reati considerati negli artt. 24 e seguenti del D.Lgs. 231/01 ed in relazione ai quali non è richiesta in capo al soggetto agente la ricorrenza di alcuna qualifica soggettiva: si pensi, ad esempio, ai delitti di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, ai reati di frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico, o ai reati in materia informatica e di illecito trattamento dati.

La circostanza che tali fattispecie - trattandosi di reati cd. comuni - possono essere commessi da chiunque, non essendo necessario cioè che il soggetto agente rivesta all'interno dell'ente una determinata qualifica, sembra deporre per una loro sicura riferibilità anche ai componenti dell'Organismo di Vigilanza, non sussistendo ostacoli perché anche costoro rispondano dei delitti in parola. Ragionando in termini generali ed astratti, questa affermazione è senz'altro da condividere, proprio in ragione del fatto che le fattispecie delittuose in parola possono essere commesse - come spesso espressamente indicano le stesse previsioni punitive - da "chiunque"; tuttavia, a ben vedere, e facendo riferimento a quello che è il ruolo e la funzione che l'Organismo di Vigilanza è chiamato a svolgere nell'azienda, sembra più realistico pensare che anche in relazione a tali fattispecie criminali saranno rari i casi di

incriminazione dei componenti dell'organo di controllo.

Va considerato infatti che la politica criminale che fa da sfondo all'intervento normativo di cui al n. 231 del 2001 si fonda su una premessa ben esplicitata dal legislatore - in particolare negli artt. 5, 6 e 7 del medesimo testo normativo - ovvero la possibilità di riconoscere una responsabilità (amministrativa o penale che si voglia) dell'ente solo allorquando l'illecito sia stato commesso da un soggetto il quale, in virtù delle funzioni di gestione e controllo da lui esercitate, ha un dominio assoluto sulla persona giuridica ed è perciò in grado di manifestarne all'esterno la volontà criminosa "impegnando sul terreno sanzionatorio penale-amministrativo la responsabilità della *societas*"²⁴. In proposito, ben chiara è la *Relazione governativa al decreto legislativo n. 231 del 2001*, punto 3.2, che se da un lato afferma come i soggetti in grado di determinare, con il loro agire delittuoso, la responsabilità della società sono solo quelli formalmente investiti di una posizione apicale ovvero le persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di costoro, dall'altro evidenzia come "non sia possibile riferire una responsabilità all'ente per illeciti relativi allo svolgimento di una funzione che si risolve in un controllo sindacale".

Allorquando il legislatore, in sede di *Relazione* al decreto n. 231, escludeva la rilevanza - ai fini della responsabilità dell'ente - dei reati commessi ed inerenti l'esercizio della funzione di controllo, faceva evidentemente riferimento alla posizione del collegio sindacale, il quale,

²⁴ Come si esprime la *Relazione governativa al decreto legislativo n. 231 del 2001*, punto 3.2.

in ragione delle competenze allo stesso attribuite, non è certo in grado di esprimere con la propria condotta un agire delittuoso dell'ente; tuttavia, è evidente che le medesime considerazioni possono svolgersi con riferimento all'Organismo di Vigilanza che è senz'altro privo di funzioni di gestione e deliberazione circa la determinazione della politica aziendale. Ciò comporta, dunque, che anche in relazione ai reati comuni previsti dagli artt. 24 ss. n. 231 pare decisamente arduo rinvenire una responsabilità penale dei componenti del Consiglio di Vigilanza in relazione alla commissione di illeciti che possano determinare la responsabilità dell'ente, proprio perché fra questi ultimi e la persona giuridica non vi è alcuna forma di immedesimazione organica e manca ogni presupposto per riferire le conseguenze delle condotte di costoro alla sfera patrimoniale ed alla personalità della persona giuridica.

Né vale, a resistere alla nostra conclusione, il richiamo ai compiti di vigilanza e controllo che gli artt. 6 e 7 attribuiscono all'Organismo di Vigilanza. Come già sostenuto con riferimento alla violazione della normativa antinfortunistica, la previsione normativa di tali obblighi non vale a fondare in capo all'organo collegiale un dovere di prevenzione di possibili reati da parte dei soggetti apicali dell'ente, bensì rappresenta un presupposto per escludere – in caso di corretto adempimento degli stessi – la responsabilità dell'ente collettivo in relazione a determinati illeciti commessi dai soggetti indicati negli artt. 5 e 6 del D.Lgs. 231/01²⁵. Ovviamente, come già più volte segnalato, questa conclusione non

²⁵ Così anche CASAROLI, *Sui criteri di imputazione cit.*, 589; LANZI, *La responsabilità penale cit.*, 164.

esclude certo la possibilità che i componenti dell'Organismo di Vigilanza possano concorrere con i delitti considerati negli artt. 24 e seguenti citati unitamente agli amministratori, direttori generali ecc., ad esempio garantendo un sostanziale disimpegno nell'esercizio della loro funzione così da impedire o ritardare il più possibile l'emersione e la scoperta delle condotte criminose: in questo caso, i componenti dell'Organismo di Vigilanza dovranno rispondere del fatto di reato ai sensi dell'art. 110 c.p. secondo quelli che sono i principi generali del nostro ordinamento penale.

Organismo di Vigilanza e funzione Internal Audit: overlapping o recupero di efficienza nel sistema dei controlli?

Dott.ssa Stefania Centorbi

Dottore commercialista e Revisore Legale dei Conti

Abstract

Il presente contributo analizza il rapporto intercorrente tra le attività svolte dalla funzione aziendale di Internal Audit e quelle di pertinenza dell'Organismo di Vigilanza, in caso di adozione del Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/01. La finalità dello scritto è principalmente quella di inquadrare l'argomento sia sotto il profilo teorico, sia sotto il profilo applicativo, fornendo al lettore qualche spunto di riflessione in argomento.

1. - Il sistema dei controlli: una panoramica

Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (o, più sinteticamente, "sistema dei controlli") può ben essere definito come lo strumento organizzativo aziendale che "contribuisce ad una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli"²⁶.

²⁶ Il presente paragrafo rinvia a quanto più ampiamente esposto nel *Codice di Autodisciplina delle società con azioni quotate (o emittenti)*, emesso da Borsa Italiana, Comitato per la Corporate Governance (di seguito "*Codice di Autodisciplina*"), nella sua versione aggiornata al mese di luglio del 2015

Dal punto di vista applicativo, il sistema dei controlli può essere concretamente rappresentato come “insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l’identificazione, la misurazione, le gestione ed il monitoraggio dei principali rischi” (aziendali): da un lato, sotto il profilo organizzativo, il sistema deve essere inquadrato “nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall’emittente”, dall’altro, sotto il profilo dei contenuti, il sistema deve essere caratterizzato dal riferimento a *modelli e best practices* esistenti in ambito nazionale ed internazionale²⁷.

Il sistema dei controlli coinvolge diversi attori aziendali, ciascuno in ragione delle proprie specifiche competenze:

- il Consiglio di Amministrazione, con uno o più “Amministratori Incaricati” all’istituzione e mantenimento del sistema, ed il “Comitato Controllo e Rischi”, costituito in seno allo stesso consiglio, al quale è sostanzialmente attribuita l’attività istruttoria necessaria al Consiglio per valutare l’adeguatezza del sistema dei controlli;
- il Responsabile della Funzione *Internal Audit*, incaricato di

(<http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/corporategovernance/corporategovernance.htm>, sito web consultato da ultimo in data 3 ottobre 2015). Di seguito si farà riferimento a società con azioni quotate (o emittenti) ma non finanziarie, nonché a sistemi di amministrazione e controllo societario di tipo “tradizionale” (tralasciando le specificità dei modelli “dualistico” e “monistico”).

²⁷ Immediato è il riferimento al documento *Internal Control - Integrated Framework 2013* (aggiornamento del *CoSo’s Framework del 1992*, meglio conosciuto come *CoSo Report*) e, più ampiamente, al documento *ERM - Enterprise Risk Management - Integrated Framework 2002*.

verificare che il sistema sia funzionante ed adeguato;

- altri attori (ruoli e funzioni) aziendali cui sono attribuiti specifici compiti in tema di controllo interno e gestione dei rischi, in ragione della dimensione, complessità e profilo di rischio dell'impresa;
- il collegio sindacale, che vigila sull'efficacia del sistema e che rappresenta, per l'appunto, il vertice dei presidi di vigilanza.

Il sistema dei controlli rappresenta, quindi, uno dei meccanismi peculiari della *governance* di una società con azioni quotate, la cui architettura avrà connotazioni specifiche in funzione delle caratteristiche dell'emittente (attività svolta, dimensione, struttura, contesto regolamentare).

Da quanto sopra esposto si desume, anzitutto, che *sotto il profilo concettuale*, un moderno approccio al controllo aziendale ruota attorno alla nozione di "rischio" (con conseguente necessità di identificazione, valutazione e monitoraggio di quest'ultimo), in secondo luogo, che *sotto il profilo applicativo*, l'efficacia del controllo risulta subordinata alla sua reale "integrazione" con il più ampio "sistema azienda". Non solo le componenti del sistema di controllo²⁸ dovranno essere coordinate ed interdipendenti tra loro ma, altresì, ogni elemento del sistema dovrà essere integrato nel più generale assetto organizzativo, amministrativo e

²⁸ Il sistema di controllo interno è costituito da 5 componenti: ambiente di controllo, valutazione del rischio, attività di controllo, informazioni e comunicazione, monitoraggio (CoSo Report).

contabile della società.

La nozione attuale e “fisiologica” di controllo in ambito aziendale si caratterizza, quindi, per un approccio di natura preventiva alla gestione del rischio e per un sostanziale “annegamento” dei meccanismi di controllo nei processi aziendali: il controllo sarà tanto più efficace quanto meno verrà percepito dagli operatori aziendali, di qualsiasi livello, come un qualcosa di “diverso” dalle usuali attività assegnate²⁹.

2. - Il sistema dei controlli ed il ruolo della Funzione Internal Audit

Come agevolmente desumibile dai ruoli-chiave del sistema dei controlli sopra individuati, una posizione centrale nel governo del sistema stesso è riconosciuta alla Funzione *Internal Audit*, il cui responsabile procede a³⁰:

- a) verificare, in via continuativa o in ragione di specificità, l’operatività e l’idoneità del sistema, attraverso il *piano di audit*;
- b) predisporre relazioni periodiche relative all’attività svolta ed alla valutazione sull’idoneità del sistema;
- c) predisporre tempestivamente relazioni su eventi di particolare rilevanza;

²⁹ Per una concezione del controllo come fisiologica della gestione aziendale, per tutti, *Il sistema dei controlli e il principio di affidamento nell’impresa moderna*, Rivista 231 (2014), Temi, Autori Vari.

³⁰ In punto, ampiamente, ancora: *Codice di Autodisciplina*, citato.

- d) trasmettere le relazioni di cui ai punti precedenti ai presidenti del collegio sindacale, del Comitato Controllo e Rischi, del Consiglio di Amministrazione, nonché, *last but not least*, all'Amministratore Incaricato per il sistema dei controlli.

Il *piano di audit* è il principale strumento di conduzione dell'attività per la funzione ed è basato su un processo strutturato di analisi e priorità rispetto ai principali rischi, fino a ricomprendere la verifica dell'affidabilità dei sistemi informativi (ivi inclusi quelli di rilevazione contabile).

La funzione non è responsabile di alcuna area operativa, ha accesso diretto a tutte le informazioni utili per lo svolgimento dell'incarico e il suo responsabile dipende gerarchicamente dal Consiglio di Amministrazione.

Con riguardo alle attività svolte dall'organo amministrativo verso la Funzione *Internal Audit*, esse vengono di seguito riepilogate³¹:

- il Consiglio di Amministrazione
 - o approva il *piano di audit*, sentito il collegio sindacale e l'Amministratore Incaricato del sistema dei controlli, con cadenza almeno annuale;

³¹ E' utile rammentare che, in linea generale: *i*) il Consiglio di Amministrazione definisce le linee di indirizzo del sistema dei controlli, affinché il rischio sia correttamente identificato, misurato, gestito e monitorato (coerentemente con gli obiettivi strategici aziendali); *ii*) il Comitato Controllo e Rischi riferisce al Consiglio di Amministrazione sull'adeguatezza del sistema, svolgendo le attività sopra citate e/o ulteriormente esprimendo pareri e svolgendo ulteriore attività istruttoria a favore del Consiglio.

- nomina e revoca il responsabile della funzione;
 - assicura al responsabile della funzione la dotazione di risorse adeguata alle proprie responsabilità;
 - definisce la remunerazione del responsabile della funzione;
- il Comitato Controllo e Rischi
- esamina le relazioni (periodiche e non) predisposte dalla funzione;
 - effettua il monitoraggio su autonomia, adeguatezza, efficacia ed efficienza della funzione;
 - chiede (può chiedere) alla funzione lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative³²;
- l'Amministratore incaricato del sistema dei controlli
- chiede (può chiedere) alla funzione lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative e sul rispetto delle regole e procedure interne nell'esecuzione di operazioni aziendali³³.

Se da quanto sopra esposto si possono agevolmente desumere le attività svolte dalla Funzione *Internal Audit* (oltre che i flussi informativi

³² Dandone contestuale comunicazione al presidente del collegio sindacale.

³³ Dandone contestuale comunicazione ai presidenti del collegio sindacale, del Consiglio di Amministrazione e del Comitato Controllo e Rischi.

d'interesse) - nonché la sua collocazione organizzativa rispetto all'organo amministrativo ed all'organo di controllo (collegio sindacale) - con riguardo alla sua posizione/attività nei confronti della più ampia struttura organizzativa aziendale si deve ricorrere alla "tripartizione" usualmente adottata nel classificare le attività di controllo.

Si distinguono, per l'appunto, diversi livelli di attività di controllo, in ragione della rispettiva collocazione operativa e dei diversi attori organizzativi coinvolti³⁴:

- a) sono individuati come controlli di *primo livello*, i controlli diretti ad assicurare il corretto svolgimento dei processi aziendali, con il fine di prevenire i rischi attraverso idonee azioni di mitigazione, affidati alle strutture "di linea". Si tratta di controlli specifici inseriti nelle procedure aziendali gestite da *process owners*, principalmente volti a prevenire e correggere errori o irregolarità (es. presenza di diversi *step* di controllo procedurale sul processo acquisti o controlli sui sistemi ICT relativi all'integrità dei dati di *reporting*);
- b) sono individuati come controlli di *secondo livello*, i controlli diretti ad assicurare che i controlli di primo livello siano adeguati ed operativi, nella logica dei più ampi rischi tipici aziendali (es. rischio operativo, rischio finanziario, rischio di mercato, rischio

³⁴ Si rinvia in punto alla *Guida Operativa Breve per Amministratori Indipendenti e Sindaci* (2011) di Assogestioni (di seguito, "Guida Operativa Breve") (<http://www.assogestioni.it/index.cfm/1,147,7887,49,html/presentazione-della-guida-operativa-breve-per-amministratori-indipendenti-e-sindaci->, sito web consultato da ultimo in data 3 ottobre 2015).

di non conformità) o per rispondere a talune normative settoriali (che impongono la presenza di alcuni ruoli o strutture). Tali controlli comportano un giudizio di adeguatezza e di validazione sulle azioni di mitigazione del rischio di primo livello poste in essere dai responsabili di linea e/o *process owners*: sono svolti da funzioni aziendali indipendenti, dotate di autorità manageriale, professionalità ed indipendenza, oltre che di risorse adeguate, ed aventi accesso diretto al Consiglio di Amministrazione (es. funzione di *Compliance*);

- c) sono individuati come controlli di *terzo livello*, i controlli usualmente affidati alla funzione di *Internal Audit*, costituiti da verifiche indipendenti sul *disegno e sul funzionamento* del sistema di controllo interno e sul *monitoraggio dei piani di miglioramento* definiti dal *management* (es. *audit* sul processo acquisti, con rilevazione di mancata attuazione delle procedure aziendali).

3. - Il sistema dei controlli ed il ruolo dell'Organismo di Vigilanza

La complessa architettura del sistema di controllo interno delle società quotate, si completa con la figura dell'Organismo di Vigilanza (di seguito anche solo "Organismo"), così come prevista dal D.Lgs. 231/01³⁵.

³⁵ Per quanto trattato nel presente paragrafo, più ampiamente: *I controlli interni nelle società quotate*, G. Gasparri, Quaderni Giuridici CONSOB n. 4 - settembre 2013,

Il citato decreto ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico una forma di responsabilità in capo (anche) alle società - derivante da una "colpa da organizzazione" (*rectius*, disorganizzazione) - rispetto alla quale la stessa società potrà liberarsi avendo approntato un'adeguata ed efficiente struttura organizzativa di "legalità" aziendale³⁶.

In presenza di talune fattispecie di reato, commesso nell'interesse o a vantaggio della società da persone collegate alla sua organizzazione (apicali o sottoposti), la società potrà opporsi ad un proprio "coinvolgimento" in sede penale, anzitutto, dimostrando di aver adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati rilevanti (tra i quali quello verificatosi) e, soprattutto, che lo stesso modello risulta efficacemente attuato e monitorato da parte dell'Organismo.

L'attenzione dedicata dal Legislatore all'Organismo si limita a scarse indicazioni sia sul piano strutturale che su quello operativo: dovendo sintetizzare, ai fini che qui interessano, ci si può limitare a richiamare alcuni concetti-chiave, premesso che l'operato dell'Organismo è orientato a garantire l'efficace attuazione del Modello Organizzativo, vigilando sul *funzionamento e sull'osservanza* dello stesso, oltre a *curarne l'aggiornamento*. L'Organismo, in sintesi:

- valuta se i comportamenti posti in essere dagli operatori aziendali corrispondono a quelli indicati nel Modello;

(http://www.consob.it/main/consob/pubblicazioni/studi_analisi/quaderni_giuridici/gg4.html, sito web consultato da ultimo in data 3 ottobre 2015).

³⁶ Come già ampiamente trattato nei precedenti capitoli.

- valuta se, più ampiamente, il Modello è adeguato, ossia concretamente idoneo a prevenire i reati (rilevanti);
- ha poteri di carattere ispettivo;
- non ha poteri di intervento diretto (impeditivo o disciplinare);
- riferisce in relazione alla propria attività, all'organo amministrativo e all'organo di controllo.

La responsabilità dell'effettiva attuazione del Modello Organizzativo grava esclusivamente sull'organo dirigente, rispetto al quale, pertanto, il *reporting* dell'Organismo deve risultare tempestivo ed efficace³⁷.

Non solo, grava sull'organo dirigente anche la responsabilità di configurare correttamente l'Organismo sotto il profilo della sua composizione, dell'incisività e dell'effettività dei suoi poteri, nonché delle garanzie di stabilità della carica e dell'autonomia finanziaria: il tutto affinché lo stesso sia idoneo – secondo una valutazione *ex ante* – a svolgere la funzione assegnata.

Alla luce di quanto esposto, peraltro, *prima facie*, sembrerebbe potersi qualificare l'Organismo non tanto come un “nuovo” organo societario, quanto come un mero “ufficio” della società, parte integrante del

³⁷ Non si intende in tal sede approfondire in dettaglio la tematica del *reporting* verso i vertici aziendali. Si ritiene che un *reporting* idoneo possa essere costituito da una comunicazione su base continuativa verso i soggetti delegati e da una comunicazione su base periodica nei confronti del Consiglio di Amministrazione e del collegio sindacale (informativa sull'attività svolta, risultanze della stessa, interventi correttivi e migliorativi pianificati e relativo *follow up*: il tutto per arrivare ad un giudizio di sintesi sull'adeguatezza ed osservanza del Modello Organizzativo).

sistema di controllo interno, privo di posizione verticistica (in quanto non abilitato a porre in essere atti a rilevanza esterna).

4. - *Contenuti del Modello Organizzativo: peculiarità del controllo*

Secondo l'art. 6 del D.Lgs. 231/01, comma II, il Modello deve prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire [*lettera b*)] e deve individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati [*lettera c*)].

Non è in tal sede necessario dilungarsi sulla esatta definizione di "protocollo"³⁸, quanto piuttosto rilevare, come peraltro confermato dalla ormai copiosa prassi di stesura dei Modelli, che questi ultimi usano imporre prescrizioni di tipo "graduato":

- alcuni *principi generali*, per lo più indicativi di un corretto comportamento (ossia di un comportamento in linea con le norme di legge ed i principi aziendali)³⁹;
- alcuni *principi operativi*, più o meno direttamente applicabili nel contesto aziendale, specificamente riferiti al presidio di rischio specifico per le diverse categorie di reato.

Con riferimento alla tipologia dei principi operativi enucleati dai

³⁸ Per le finalità che qui interessano, da intendersi come "presidio di controllo" in senso lato, qualunque natura esso abbia (es. principio, procedura, istruzione).

³⁹ Principi generalissimi, peraltro, si rinvengono nei Codici Etici, che sono parte integrante e sostanziale degli stessi Modelli.

Modelli Organizzativi, le ipotesi da considerare sono le seguenti:

- il principio afferisce ad un presidio di controllo “specifico” di tipo penal-preventivo e quindi dovrà essere oggetto di una procedura (e/o di istruzioni organizzative) a sé stante;
- il principio afferisce a processi di controllo già esistenti (*rectius*, che dovrebbero essere già esistenti in un sistema dei controlli completo ed adeguato). Se le procedure di controllo aziendali sono già idonee alla copertura del rischio-reato, le stesse possono essere richiamate (per rinvio) dallo stesso Modello. Se invece il principio introduce la necessità di individuare presidi di controllo non già esistenti, le procedure aziendali devono essere integrate per garantire (al processo di riferimento) anche la conformità *ex* Modello Organizzativo.

Nel primo caso (principi operativi peculiari alla conformità al D.Lgs. 231/01) il contesto normativo aziendale risulterà integrato, in via diretta, dall’adozione del Modello Organizzativo, in via indiretta, sotto il profilo procedurale, da regole codificate esclusivamente per garantire l’efficace attuazione del Modello, mediante documenti (procedure e/o istruzioni) *ad hoc*. Diversamente, nel secondo caso, il Modello potrà essere supportato dal sistema procedurale esistente (sistema dei controlli), sia per rinvio, sia per integrazione.

Tanto premesso, è ora possibile tentare di delineare i profili di *overlapping* operativo tra Organismo e organi/uffici societari e, in particolare, con riferimento alla Funzione *Internal Audit*.

Sotto il profilo concettuale, in linea generale, le sovrapposizioni possibili sono le seguenti⁴⁰:

- con riguardo alla *vigilanza sul "funzionamento"* del Modello Organizzativo, l'operato dell'Organismo potrebbe sovrapporsi alla valutazione di adeguatezza degli assetti (organizzativi) interni da parte del Consiglio di Amministrazione, oltre che alla vigilanza sull'adeguatezza di tali assetti da parte del collegio sindacale;
- con riguardo alla *vigilanza sulla "osservanza"* del Modello Organizzativo, intesa come coerenza tra comportamenti concreti degli operatori aziendali rispetto al Modello, l'operato dell'Organismo presenta certamente margini di sovrapposizione con l'attività della Funzione *Internal Audit*.

Non sembra, invece, si possano ravvisare "interferenze" di alcun tipo in relazione all'attività di "cura" per l'aggiornamento del Modello Organizzativo, che è attività di "impulso" (all'aggiornamento) verso l'organo amministrativo ed è esclusivo appannaggio dell'Organismo.

In relazione alla *vigilanza sul "funzionamento"* del Modello Organizzativo, si ritiene che l'organo amministrativo e l'organo di controllo, in presenza dell'Organismo, possano occuparsi del

⁴⁰ Il riferimento è sempre l'art. 6 del D.Lgs. 231/01, che, al comma I, lettera b), individua i compiti dell'Organismo: vigilare sul funzionamento del Modello, vigilare sull'osservanza del Modello, curare l'aggiornamento del Modello. Sugli ambiti di sovrapposizione nel sistema dei controlli, ampiamente ed efficacemente: *I controlli interni nelle società quotate*, citato.

funzionamento del Modello in via indiretta o mediata, ossia: *i*) verificando che l'Organismo effettivamente svolga la propria attività (es. relazioni periodiche, incontri programmati); *ii*) avvalendosi delle specifiche valutazioni dell'Organismo di Vigilanza in relazione ad ipotesi di aggiornamento o miglioramento del Modello.

Probabilmente solo nel caso in cui, sulla base della propria attività, l'Organismo dovesse rilevare delle carenze nel sistema di controllo interno aziendale - il cui assetto procedurale costituisce supporto al Modello Organizzativo, per rinvio o per integrazione - allora il rilievo avrebbe diretto interesse per l'organo amministrativo e per l'organo di controllo: in tal caso l'organo amministrativo dovrebbe procedere immediatamente a colmare il *gap* (con l'ausilio della Funzione *Internal Audit*) e l'organo di controllo dovrebbe vigilare sul *follow up*, in via diretta e/o coordinandosi con l'Organismo.

Con riferimento alla *vigilanza sulla "osservanza"* del Modello Organizzativo - intesa, come sopra accennato, come coerenza tra comportamenti concreti degli operatori aziendali rispetto al Modello - è evidente la sovrapposizione delle attività dell'Organismo rispetto alla Funzione *Internal Audit*, in particolare per le verifiche effettuate sui presidi di controllo comuni al Modello Organizzativo ed al sistema dei controlli: in pratica, le procedure del sistema di controllo interno interessate dal Modello (o per rinvio o per integrazione) sono oggetto d'interesse comune.

Per le procedure di supporto al Modello, pertanto, l'Organismo potrà

agevolmente fare riferimento alle risultanze dell'attività svolta dalla Funzione *Internal Audit* sulla base del proprio piano di controllo, affidandosi al giudizio di adeguatezza (o meno) dell'*auditor* interno.

Sarebbe, quindi, opportuno un coordinamento, già a livello di pianificazione annuale delle attività, tra i due attori, al fine di evitare fastidiose duplicazioni di controllo sui processi aziendali, con priorità d'intervento alla Funzione *Internal Audit*⁴¹: l'Organismo potrà acquisire da quest'ultima, anzitutto, informazioni e ulteriormente (concordemente) eventuale documentazione ad evidenza del controllo, attraverso scambi periodici (es. riunioni, condivisione di documenti)⁴².

La sopra citata impostazione, basata sul coordinamento dei controlli, in una logica di maggiore efficacia ed efficienza degli stessi⁴³, deve tuttavia

⁴¹ Deve, infatti, essere salvaguardata l'indipendenza della Funzione *Internal Audit* che si esplica sia attraverso l'attribuzione di autonomi poteri di iniziativa nella predisposizione del piano di audit e nell'attivazione dei singoli interventi, sia attraverso le modalità stabilite per la nomina, revoca e remunerazione del suo responsabile. In punto, chiaramente, il *Codice di Autodisciplina*, citato.

⁴² Una certa attenzione dovrebbe essere riservata dall'Organismo alla eventuale individuazione, da parte del Modello, di ipotetici "referenti" dell'Organismo (per funzione/area/processo), che nella prassi vengono spesso individuati, e che possono, in linea teorica, anche differire dai *process owner* del sistema dei controlli aziendali. In tal caso, oltre allo scambio informativo e documentale con la Funzione *Internal Audit*, sarebbe anche opportuno "sentire" sempre anche il referente di volta in volta indicato nel Modello. Ciò ammesso e non concesso che l'individuazione nel Modello di "referenti" posti a presidio delle diverse aree a rischio-reato - molto in voga nella prassi - sia da considerare una *best practice* (si pensi, ad esempio, in relazione ai reati connessi a "salute e sicurezza sui luoghi di lavoro", quanto possa essere foriero di confusione l'inserimento nell'organizzazione di un referente per l'Organismo, visto e considerato che in azienda esiste - o dovrebbe esistere - un vero e proprio organigramma di riferimento con ruoli chiari e precisi: Datore di Lavoro, delegati e sub-delegati del Datore di Lavoro, dirigenti, preposti, ecc.).

⁴³ Dato l'attuale disegno del sistema dei controlli è palese il rischio che i diversi attori che ne fanno parte tendano a verificare l'uno il lavoro dell'altro, discostandosi sempre più da

tener conto, almeno, di due importanti condizioni *potenzialmente limitative*.

La prima condizione è costituita dall'appartenenza alla struttura gerarchica aziendale del responsabile della Funzione *Internal Audit* (così come la funzione nel complesso appartiene alla struttura aziendale): la valutazione espressa dalla funzione su processi, o singole operazioni o azioni, governati dagli amministratori o dai loro diretti collaboratori (*management apicale*), potrebbe essere compromessa da eventuali pressioni e condizionamenti (patologici). Nell'acquisire le risultanze dell'attività svolta dalla funzione, pertanto, l'Organismo dovrà soppesarle con attenzione riguardo alla possibilità di (forzata) compromissione dei requisiti di indipendenza e autonomia, peculiari della funzione stessa (in particolare quando le verifiche dovessero riguardare il "campo di gioco" di soggetti apicali⁴⁴).

La seconda condizione è connessa alla sussistenza, o meno, di condizioni di normalità nella vita aziendale. È verosimile che il *piano di audit* possa coincidere in tutto o in parte con la pianificazione delle attività dell'Organismo, quanto più lontana nel tempo è l'adozione del Modello (ossia quanto più il Modello si è consolidato nelle prassi aziendali) e quanto più lontani nel tempo risultino eventuali eventi patologici. Le priorità di verifica dell'Organismo potrebbero essere sensibilmente

quelli che sono gli obblighi che loro incombono per legge: *Vigilanza e Controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, Rivista 231 (2013), D. Bossi - M. Bortolotto.

⁴⁴ Di nuovo *Vigilanza e Controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, citato.

diverse rispetto a quelle della Funzione *Internal Audit*, ad esempio, nel caso di prima adozione del Modello Organizzativo da parte della società, oppure a seguito di ricevute segnalazioni, anomalie riscontrate, tentativi di reato o, ancor peggio, reati commessi⁴⁵.

Considerazioni diverse, invece, sono necessarie per i presidi di controllo “specifici” relativi alla *compliance* al D.Lgs. 231/01 e per le eventuali procedure “peculiari” che li ospitano.

Sotto il profilo applicativo, tali presidi e procedure possono venire attratti dal sistema dei controlli, entrando a far parte del *set procedurale* aziendale, con arricchimento dello stesso in relazione al conseguimento degli *obiettivi di compliance*⁴⁶, o restarne esclusi, collocandosi in una teorica area a sé stante, di presidio esclusivo dell’Organismo.

⁴⁵ Esempio eclatante in tal senso è il caso di adozione del Modello Organizzativo da parte di una società, a seguito del verificarsi del reato di corruzione verso la Pubblica Amministrazione realizzato da parte del proprio Amministratore Delegato (mediante creazione di provvista tramite assegnazione di consulenze fittizie): è di tutta evidenza che sarà priorità dell’insediato Organismo verificare, ad esempio, la regolamentazione del processo acquisti (ivi compresa l’assegnazione di consulenze), nonché dei flussi finanziari (in particolare, i pagamenti), a prescindere da un eventuale *piano di audit* già programmato e in corso da parte della Funzione *Internal Audit* (anche se, verosimilmente, modificato dalla Funzione stessa alla luce del “recente” fallimento dei controlli). Più in generale, quindi, in taluni momenti della vita aziendale, di particolare criticità per i profili di *compliance ex D.Lgs. 231/01*, è verosimile che debba prevalere un’azione autonoma e mirata dell’Organismo, mentre il coordinamento, in condizioni normali, diventa virtuoso nella logica di evitare la duplicazione del controllo. Tutto ciò, peraltro, risulta in linea con la facoltà dell’Organismo di adottare procedure di controllo liberamente stabilite dallo stesso (anche a sorpresa, ad esempio).

⁴⁶ Si rammenta che il Sistema di Controllo Interno ha tra i suoi obiettivi la *compliance*, ossia la rispondenza a leggi e regolamenti. Più ampiamente, il Controllo Interno è un processo, svolto dagli amministratori, dai dirigenti e da tutto il personale aziendale, finalizzato a fornire una ragionevole sicurezza riguardo al raggiungimenti degli obiettivi di *operations, reporting e compliance* (CoSo Report aggiornato al 2013).

Nel primo caso, i presidi di controllo dovranno essere oggetto di verifica applicativa da parte sia della Funzione *Internal Audit* che dell'Organismo: quest'ultimo, tuttavia, diversamente da quanto sopra stabilito per le procedure di supporto al Modello (per rinvio o per integrazione) non potrà semplicemente recepire le risultanze dell'attività di *audit*, svolta dalla funzione preposta, ma dovrà comunque effettuare una disamina critica delle relative risultanze e formulare un autonomo giudizio di adeguatezza (sempre ferma restando la sussistenza dei requisiti di indipendenza e autonomia della funzione in sede di controllo, in assenza di superiori pressioni "patologiche").

Nel secondo caso, i presidi di controllo saranno oggetto di verifica applicativa da parte del solo Organismo, che effettuerà in proprio l'*audit*, la disamina critica delle risultanze ed esprimerà un giudizio di adeguatezza.

Certamente, quindi, con riferimento ai presidi di controllo cosiddetti "specifici" ed alle procedure cosiddette "peculiari" ex Modello Organizzativo, l'Organismo dovrà attivarsi ed esprimere in via autonoma un giudizio di adeguatezza (o non adeguatezza, con conseguenti proposte d'intervento).

Volendo esemplificare, in relazione al funzionamento ed alla adeguatezza del "*Processo acquisti*", codificato nel sistema di controllo interno aziendale secondo corretti *standard* internazionali e richiamato *de plano* dal Modello Organizzativo, l'Organismo potrà recepire le risultanze dell'attività di *audit* ed il giudizio di adeguatezza espresso

dalla Funzione *Internal Audit*⁴⁷. Diversamente, in relazione, ad una eventuale “*Procedura per accessi, ispezioni e verifiche della Pubblica Amministrazione*” (peculiare per la *compliance ex D.Lgs. 231/01*), in ogni caso, il giudizio di adeguatezza (funzionamento ed idoneità del presidio), nonché le eventuali proposte di miglioramento e *follow-up*, sono di esclusivo appannaggio dell’Organismo⁴⁸.

In sintesi, quindi, seppure in linea teorica esista una sovrapposizione tra le attività di controllo a cura dell’*Internal Audit* e quelle a cura dell’Organismo di Vigilanza - in base alla quale si potrebbe evitare una duplicazione dei controlli tramite “acquisizione” da parte dell’Organismo degli esiti dell’*audit* effettuato dalla funzione ad esso naturalmente preposta, secondo la pianificazione da questa effettuata (piano di *audit*) - è pur vero che devono essere salvaguardate le finalità del Modello Organizzativo e le priorità dell’Organismo di Vigilanza.

In pratica, sul piano operativo, *prima facie*, sembra si possa affermare che:

- la coincidenza di attività della Funzione *Internal Audit* rispetto a quelle dell’Organismo è verosimile e raccomandabile in tempi di normalità nella vita societaria, nonché di relativa stabilità della struttura del Modello e dell’assetto procedurale del sistema di

⁴⁷ Sempre previa valutazione di indipendenza e autonomia della funzione in sede di specifico controllo.

⁴⁸ La prodromica attività di *audit* verrà effettuata dallo stesso Organismo in “presa diretta” laddove i presidi di controllo si rinverano direttamente nel Modello o in una procedura non integrata nel sistema procedurale aziendale di supporto al Modello, dalla Funzione *Internal Audit* in caso contrario.

controllo interno, limitatamente alle procedure contemplate sia dal sistema che dal Modello;

- in ogni caso, non è scontato che il *piano di audit* sia adeguato, in termini di priorità ed in termini di completezza, rispetto all'esigenze dell'Organismo (si pensi alla necessità di verificare alcuni processi prima di altri, o di valutare presidi di controllo "peculiarissimi" per il Modello Organizzativo, integrati o meno nelle procedure aziendali). Certamente l'ordine di priorità sarà diverso in ragione del momento contingente della vita societaria (es. prima adozione del Modello, manifestazione di eventi patologici, individuazione di rischi-reato specifici e maggiormente probabili), tanto da poter generare pianificazioni delle attività sostanzialmente diverse;
- è comunque preferibile che l'Organismo non recepisca in modo acritico le risultanze dell'attività di *audit* (svolte come da *piano di audit*) ma valuti, rispetto a ciascuna area/funzione/processo analizzato, sia la rilevanza del rischio inerente, sia le probabilità di compromissione (patologica) dei requisiti di indipendenza e autonomia della Funzione *Internal Audit*;
- è necessario per l'Organismo procedere ad una valutazione critica ed alla formulazione di un proprio giudizio di adeguatezza con riguardo ai presidi specifici per la *compliance* al D.Lgs. 231/01 previsti dal Modello (se del caso effettuando anche l'*audit* in proprio per taluni di tali presidi);

- in ogni caso, è sempre possibile per l'Organismo effettuare controlli a sorpresa (oltre che di *routine*) ed è auspicabile che vengano eseguiti sostanzialmente a tutto campo sui processi e le procedure prese in considerazione dal Modello.

5. - *Caratteristiche di esternalità dell'Organismo di Vigilanza*

Più sopra è stato evidenziato come l'Organismo di Vigilanza possa apparire come un mero "ufficio" della società, privo di posizione verticistica (in quanto parte integrante del sistema di controllo interno) e privo di poteri rispetto ad atti a rilevanza esterna.

Certamente l'Organismo è parte, in senso lato, del sistema dei controlli societari, inteso come *sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*⁴⁹, ma, alla luce di quanto sopra evidenziato, è altrettanto chiaro che lo stesso presenta caratteristiche di forte autonomia in relazione al funzionamento, all'adeguatezza ed ai poteri d'impulso con specifico riferimento ai presidi di controllo *ex D.Lgs. 231/01*⁵⁰.

⁴⁹ Si richiama in punto la definizione di ERM, *Enterprise Risk Management*, inteso come processo, posto in essere dal consiglio di amministrazione, dal management e da altri operatori della struttura aziendale, utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione, progettato per individuare eventi potenziali che possono influire sull'attività aziendale, per gestire il rischio entro il limite accettabile e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali.

⁵⁰ Peraltro, per completezza, si segnala che sarebbe interessante valutare il rapporto sia dell'*Internal Audit*, sia dell'Organismo con il *Dirigente Preposto alla Redazione dei Documenti Contabili Societari*, figura introdotta nel TUF (D.Lgs. 58/98) dalla Legge n. 262/2005. Il dirigente preposto deve predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio d'esercizio che concorrono, poi, a formare il complessivo assetto amministrativo-contabile (art. 154-bis, comma 3, TUF) la cui

Anzitutto, dal tentativo di analisi effettuato nel paragrafo precedente - nel quale si sono indagate con approccio pragmatico le aree di operatività attribuite, da un lato, all'Organismo di Vigilanza, dall'altro, alla Funzione *Internal Audit* - sembra emergere l'esistenza di un ambito di controllo peculiare, di esclusivo appannaggio dell'Organismo, relativo ai presidi specifici *ex* Modello (o *ex* D.Lgs. 231/01), rispetto al quale il rischio *overlapping* con le attività di *internal auditing* non deve far perdere di vista la necessità di esprimere un autonomo giudizio di adeguatezza (che solo l'Organismo, in quanto tale, può esprimere).

In secondo luogo, in quanto esterno (*rectius*, a collocazione esterna) rispetto alla struttura gerarchica dell'organizzazione - cui invece soggiace in ogni caso il responsabile della Funzione *Internal Audit* - l'Organismo è, di fatto, meno esposto a condizionamenti di sorta, sia da parte dell'organo amministrativo che da parte dei suoi più diretti collaboratori (*management apicale*). L'Organismo, infatti, soggiace anzitutto al Modello Organizzativo, rispetto al quale "riferisce" all'organo amministrativo, non riportando, in senso stretto, direttamente a quest'ultimo⁵¹.

adeguatezza è curata dagli organi delegati (art. 2381, comma 5, c.c.), con obbligo congiunto di attestazione (dirigente preposto e amministratori esecutivi) circa l'adeguatezza e l'effettiva applicazione delle procedure amministrativo contabili (art. 154-bis, comma 5, TUF). Anche in tal caso risulta disponibile un *set di procedure* (amministrativo-contabili) che, di fatto, contribuisce al contenimento del rischio sia nella logica del sistema di controllo interno, sia in quella della prevenzione del reato *ex* Modello Organizzativo.

⁵¹ Ciò purché tale "esternalità" di posizionamento non venga, di fatto, compromessa dalla composizione dell'Organismo, ad esempio, nel caso di Organismo collegiale a

Non solo. L'Organismo è certamente inserito nella struttura organizzativa aziendale in quanto il Modello è diretta emanazione dell'organo amministrativo, ma può, all'occorrenza, assumere un ruolo di concreta salvaguardia della società di fronte agli stessi amministratori nei casi in cui il rischio-reato possa concretamente coinvolgerli. Ciò anzitutto secondo le linee di comportamento previste dal Modello Organizzativo (es. segnalazione al collegio sindacale).

L'Organismo, quindi, pur facendo parte del sistema di controllo della società, è dotato di prerogative specifiche e "forti": da un lato, ha un suo spazio di autonomia valutativa rispetto alla Funzione *Internal Audit*, dall'altro, può attivare meccanismi di correzione o prevenzione, previsti dal Modello, anche nei confronti dell'organo amministrativo (*che lo ha adottato!*). A pieno servizio di tale impostazione, sotto il profilo pratico, si pone l'ampia libertà di approccio metodologico di fatto garantita dal silenzio del legislatore in punto⁵².

prevalente composizione interna (ossia a prevalenza di membri interni rispetto agli esterni).

⁵² Non a caso le competenze dell'Organismo, in linea con quanto stabilito, ad esempio e per tutti sul punto, dalle *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e controllo* di Confindustria (di seguito "*Linee Guida*", nella versione aggiornata al mese di marzo 2014), devono spaziare dalla capacità di analisi di sistemi di controllo (es. campionamento statistico, *flow-charting* di procedure e processi, utilizzo di questionari, controlli anti-frode), fino all'ambito giuridico-penalistico. Tale ampiezza di competenze è necessaria per due ordini di motivi: anzitutto in relazione al fatto che l'Organismo deve necessariamente relazionarsi con altri attori, operanti secondo le logiche di definizione di un Sistema di Controllo Interno (o più ampiamente di *Enterprise Risk Management*) di cui al *CoSo Report*; in secondo luogo perché le metodologie di controllo di cui agli *standard internazionali* (le stesse utilizzate dagli *Internal Auditor*) sono certamente quelle più affidabili, nella prassi. È pur vero, tuttavia, che il riferimento a *standard* accreditati non si ritiene possa in alcun modo limitare l'operato dell'Organismo che può agire con piena discrezionalità, e sulle cui scelte, peraltro, potrà operare il

In sintesi, potremmo definire l'Organismo come un attore (del sistema dei controlli) ad *esternalità-interna* o ad *internalità-esterna*.

6. - Assenza della Funzione Internal Audit: spunti di riflessione

Tutte le considerazioni sin qui svolte hanno riguardato la relazione operativa intercorrente tra Organismo e Funzione *Internal Audit* nel sistema dei controlli di società con azioni quotate, non finanziarie: analoghe considerazioni potrebbero essere svolte anche per società che, pure non quotate, siano sufficientemente organizzate da avere istituito, comunque, una propria funzione di controllo interno (in quanto dotate di un sistema di controllo interno).

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge con chiarezza quanto sia opportuno procedere, in condizioni di fisiologica normalità della vita aziendale, a realizzare una forma di coordinamento tra i citati attori che consenta, da un lato, di non moltiplicare controlli identici su alcuni processi, dall'altro, di evitare che un attore (l'Organismo) finisca per controllare l'altro (*Internal Audit*), perdendo il collegamento con i processi "a rischio-reato": in condizioni normali, pertanto, l'Organismo potrà avvalersi dell'operato della Funzione *Internal Audit*, a tutto vantaggio della propria attività peculiare (prevenzione rischio-reato), con i limiti sopra individuati.

giudice con pieno sindacato in sede di (eventuale) procedimento penale instaurato contro la società (*ultra*).

Premesso quindi che, con riferimento alla verifica sulla conformità delle operazioni aziendali rispetto alle procedure interne, notevole è l'apporto della Funzione *Internal Audit* nei confronti dell'Organismo, cosa accade nelle società di capitali non quotate e prive della Funzione *Internal Audit*? Come si modifica il ruolo operativo dell'Organismo? *Rectius*, in caso di assenza di un sistema di controllo interno completo ed adeguato, ed in quanto tale monitorato dalla Funzione *Internal Audit*, quale approccio metodologico sarà opportuno adottare da parte dell'Organismo⁵³?

La risposta al quesito non è immediata ma un primo tentativo in tal senso può essere compiuto.

Anzitutto, non deve essere dimenticato che l'Organismo valuta il funzionamento e l'adeguatezza del Modello Organizzativo, così che il punto di partenza da cui muovere per qualsiasi ragionamento è il Modello stesso.

In secondo luogo, vi è da evidenziare come, pure in assenza di sistemi di controllo interno "completi" (*rectius*, più ampiamente, sistemi di *Enterprise Risk Management*), le aziende si avvalgano, nella maggior parte dei casi, di un *set di procedure*, più o meno ricco ed integrato, i cui

⁵³ È superfluo sottolineare che, nella pratica, risulta difficile poter comprendere la qualità del Modello e dell'assetto procedurale aziendale *ex ante*, ossia prima dell'assunzione dell'incarico, poiché se ne avrà reale contezza solo *a posteriori*, ossia dopo aver cominciato ad operare concretamente. Ciò fermo restando che, in base all'esperienza, modelli troppo generici o didascalici sono indicatori *ictu oculi* di scarsa qualità dell'analisi condotta sia sui profili di rischio (*risk assessment*) sia sui presidi di controllo esistenti (*gap analysis*).

“macro-sistemi” concettuali di riferimento sono (al minimo):

- Sistema Qualità (ISO);
- Sistema di Gestione per Salute e Sicurezza sul Lavoro;
- Sistema di Gestione Ambientale.

Le procedure riconducibili, in linea teorica, ai citati macro-sistemi, possono essere, nella pratica del mondo aziendale, a loro volta integrate “a sistema” e singolarmente certificate da parte terza, oppure, ulteriormente, gli stessi sistemi possono essere integrati tra loro e certificati da parte terza (Sistemi Integrati Qualità, Ambiente, Sicurezza, Etica)⁵⁴.

Accanto agli assetti procedurali descritti, inoltre, e fermi restando i necessari sistemi di *compliance* settoriale⁵⁵, le aziende possono affiancare procedure, istruzioni o regolamenti principalmente relativi a:

- protezione dati ed informazioni⁵⁶;

⁵⁴ Una nota meritano gli aspetti Etici. È pur vero, infatti, che tali sistemi esprimono alcuni principi di natura etica ma tali principi non possono ritenersi sufficienti per configurare un vero e proprio Codice Etico ad integrazione del Modello Organizzativo (e quindi *compliant* rispetto al D.Lgs. 231/01). Per le caratteristiche del Codice Etico quale parte integrante e sostanziale del Modello Organizzativo, si vedano, ampiamente, le *Linee Guida* citate.

⁵⁵ Si pensi, a mero titolo d’esempio, alla “normativa Seveso” imposta alle aziende operanti nel settore chimico in correlazione a specifiche sostanze pericolose (peraltro oggetto di recente aggiornamento con D.Lgs. 26 giugno 2015, n. 105, in attuazione della Direttiva 2012/18/UE).

⁵⁶ Frequente è la presenza di “Regolamenti” destinati a disciplinare l’utilizzo degli strumenti informatici da parte degli operatori aziendali o istruzioni per il rispetto della disciplina di cui al D.Lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali),

- amministrazione, finanza e controllo⁵⁷;
- protezione di *know-how* e segni distintivi (progetti, disegni, formule, ricette, brevetti, marchi, ecc.)⁵⁸.

Anche in assenza di un sistema di controllo interno “completo” in senso stretto, pertanto, il Modello Organizzativo potrebbe trovare supporto applicativo in alcune delle citate procedure aziendali: ciò è maggiormente probabile per i reati connessi al mancato rispetto delle prescrizioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, per i reati in ambito di mancata tutela ambientale e per i cosiddetti “reati informatici”⁵⁹.

Di fronte a sistemi di gestione esistenti (*rectius*, sotto-sistemi rispetto al Modello Organizzativo) - più o meno completi e certificati anche da terze parti - pertanto, sarà possibile per l’Organismo relazionarsi direttamente con le figure referenti e/o responsabili delle procedure di *audit* (interne ed esterne) per comprenderne l’effettivo funzionamento ed

per lo più destinate a regolare le attività delle aree *HR* (Gestione Risorse Umane) e *ICT* (*Information&Communication Technology*).

⁵⁷ I processi relativi al settore “amministrazione, finanza e controllo” in società non quotate sono spesso quelli più saldamente ancorati a buone *best practice* ma non codificati in procedure formali da parte dei responsabili di riferimento: sono spesso ben definite, anche in assenza di procedure codificate, ad esempio, le modalità di formazione del *budget* annuale, con una precisa calendarizzazione e un consolidato *reporting-package* a supporto, o le modalità (ruoli, tempi, documenti) di scambio informativo con il revisore legale dei conti in vista della chiusura del bilancio dell’esercizio.

⁵⁸ La presenza di simili tutele è maggiormente presente nei settori naturalmente esposti ad alta competizione innovativa, quali, a mero titolo d’esempio, il farmaceutico, il cosmetico e la progettazione in senso lato. In tali settori è alta la sensibilità al rischio di “furto” di informazioni (es. formule, ricette).

⁵⁹ Si pensi solo a come l’art. 30 del D.Lgs. 81/2008, comma V, richiami esplicitamente gli *standard* per il sistema di gestione di salute e sicurezza sul lavoro, avendo riferimento alle *Linee Guida UNI-INAIL* ed al *British Standard OHSAS 18001*.

il grado di scostamento dei comportamenti aziendali rispetto alle procedure (per poi elaborare, comunque, un proprio autonomo giudizio critico e senza precludersi alcuna opportunità di ulteriore analisi ispettiva).

Come si comporterà, quindi, l'Organismo di fronte alle altre aree rilevanti per i processi a rischio-reato, ossia quelle aree prive di un qualsivoglia sistema di gestione e/o *set procedurale*⁶⁰?

Quel che è certo è che per qualsiasi attività aziendale caratterizzata da profili di rischio-reato ma non supportata da idonee procedure applicative, risulterà pressoché impossibile applicare criteri di controllo consistenti in "verifiche di conformità" (conformità dei comportamenti alle procedure), visto che le procedure sono, per l'appunto, inesistenti.

Tanto premesso, sembra esistano due possibilità di approccio operativo per l'Organismo, strettamente dipendenti e condizionate dai reali contenuti del Modello Organizzativo che potrà essere, infatti, più o meno denso di concetti (principi operativi), passibili di concreta applicazione (immediata) da parte degli operatori⁶¹.

La prima possibilità è che, a fronte di Modelli "ricchi" di spunti applicativi, l'Organismo possa verificare in via diretta, mappando

⁶⁰ Fermo restando che, laddove non predisposte, l'Organismo solleciterà la società alla formalizzazione di procedure specifiche connesse almeno ai presidi di controllo peculiari *ex* Modello Organizzativo (ad esempio, la citata *Procedura di gestione accessi, ispezioni e verifiche da parte della Pubblica Amministrazione*).

⁶¹ In tal senso risulta di tutta evidenza la puntualizzazione effettuata in apertura di paragrafo in relazione al fatto che l'Organismo "guarda" anzitutto al Modello ed ai suoi contenuti.

tramite interviste e controllo documentale, i comportamenti concreti tenuti in azienda. Né, *a priori*, un tale approccio potrebbe rivelarsi necessariamente non valido e non efficace, anche se molto vicino ad una sorta di *risk assessment* e/o di *audit di primo livello* sotto il profilo metodologico.

La seconda possibilità è che, a fronte di Modelli “poveri” di spunti applicativi, troppo sintetici e/o generici, l’Organismo si veda invece costretto a sollecitare il Consiglio di Amministrazione alla formalizzazione di adeguate procedure o, quanto meno, alla emissione di alcune istruzioni operative, con tutte le conseguenze del caso sulla condizione di “efficace attuazione” del Modello, e/o nel frattempo⁶², più drasticamente, si veda costretto a valutare il mantenimento o meno del proprio incarico.

La prima ipotesi descritta, che si auspica possa risultare la più diffusa nella prassi, merita ulteriori riflessioni di natura operativa, tratte da quanto sopra esposto con riguardo al rapporto tra Modello Organizzativo e sistema dei controlli (e tra Organismo ed *Internal Audit*), quanto meno in relazione ai seguenti profili di criticità:

- *il primo*, che vedrebbe l’Organismo svolgere un’attività di controllo la quale, in diverse condizioni, sarebbe materialmente svolta da un’altra figura (*Internal Audit*), con conseguente

⁶² Ammesso e non concesso che, prima di assumere l’incarico, l’Organismo non abbia la possibilità di verificare puntualmente l’assetto procedurale della società e rapportarlo ai dettami del Modello: è piuttosto verosimile che la troppa sintesi o troppa genericità del Modello emerga, per le singole aree aziendali esposte a rischio-reato, mano a mano che l’Organismo procede, nel tempo, con la propria attività di verifica.

variazione del “carico di lavoro”, a parità di dimensioni ed articolazione organizzativa aziendale (in funzione della presenza o dell’assenza di un sistema di controllo interno presidiato dalla competente funzione)⁶³;

- *il secondo*, che vedrebbe l’attività dell’Organismo “verticalizzarsi”, pericolosamente, addirittura verso il primo livello di controlli;
- *il terzo*, che vedrebbe l’Organismo costretto ad abbandonare la strada sicura dell’applicazione di *best practice* di matrice internazionale (*internal auditing*) a favore, verosimilmente, di un approccio più soggettivo ed esperienziale (con riguardo, sia alla “graduazione” del rischio ed alle priorità di controllo, sia alle tecniche di controllo applicate).

Tanto premesso, l’assunzione di incarichi di Organismo di (collegiale o monocratico) in società prive di una Funzione *Internal Audit*, sembra ancorarsi ad alcune “speranze” e/o “istanze”:

- che in caso di eventi patologici, il *sindacato del giudice* sia “pieno” e “libero”, guidato da una approfondita analisi sui contenuti del Modello e sulla verifica applicativa operata dall’Organismo, anche in assenza di una lineare applicazione di metodologie di

⁶³ Evidente è altresì l’influenza sul carico di lavoro e sulla tipologia di attività svolta dall’Organismo: ciò anche nell’ottica della corretta determinazione del compenso erogato a fronte dell’assunzione dell’incarico, che, si ricorda, deve essere congruo, in ragione del mantenimento dei requisiti di autonomia e indipendenza da parte dell’Organismo.

internal auditing o similari (per sostanziale impossibilità), metodologie che, parimenti, non possono essere assunte a unico parametro comparativo da parte del giudice (pure costituendo un buon punto di riferimento teorico);

- che i Modelli organizzativi siano *ben scritti*, ricchi di richiami alle procedure esistenti e di “presidi” di controllo il più possibile direttamente applicabili, anche in assenza di procedure aziendali;
- che il *set procedurale aziendale*, anche se non costituente un completo “sistema” di controllo interno, sia quanto più idoneo a supportare il Modello Organizzativo (sia in ampiezza che in efficacia).

Aspettativa ancor più alta è quella che l’organo amministrativo comprenda come, a parità di settore, volume d’affari, numero di addetti e complessità organizzativa, la presenza o meno del sistema di controllo interno in azienda possa “fare la differenza” rispetto ai *competitor*, ossia possa influire, direttamente, sulla continuità e sulla crescita aziendale (*controllo dei rischi*), nonché, indirettamente, sulle responsabilità del vertice riguardo al corretto dimensionamento ed alla adeguata organizzazione della struttura societaria (*giudizio di adeguatezza*).

7. - Conclusioni

Dalla disamina effettuata emerge con chiarezza che l’argomento trattato

nel presente contributo sarà oggetto di numerose riflessioni future, alle quali si spera possano presto contribuire “dottrina e giurisprudenza”: nel frattempo, anche a fronte di una certa complessità del sistema dei controlli, è fondamentale che i diversi attori “in scena” si coordinino in modo adeguato tra di loro, condividano il maggior numero di informazioni ed ottimizzino le attività di controllo sui processi aziendali, onde evitare inutili duplicazioni.

Altrettanto chiaramente, tuttavia, emerge che ciascuno degli attori in scena non deve mai dimenticare di perseguire il proprio obiettivo, onde evitare che l’auspicabile condivisione e collaborazione di cui sopra finisca per snaturare il ruolo di ciascuno, compromettendo la tenuta dello stesso sistema nel complesso.

8. - Bibliografia

Si segnalano i seguenti contributi:

- *Codice di Autodisciplina delle società con azioni quotate (o emittenti)*, emesso da Borsa Italiana - Comitato per la Corporate Governance.
- *Internal Control - Integrated Framework 2013* (aggiornamento del CoSo’s Framework del 1992).
- *ERM - Enterprise Risk Management - Integrated Framework 2002*.
- *Il sistema dei controlli e il principio di affidamento nell’impresa*

moderna, Rivista 231 (2014), Temi, Autori Vari.

- *Guida Operativa Breve per Amministratori Indipendenti e Sindaci* (2011) di Assogestioni.
- *I controlli interni nelle società quotate*, G. Gasparri, Quaderni Giuridici CONSOB n. 4 - settembre 2013.
- *Vigilanza e Controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, Rivista 231 (2013), D. Bossi - M. Bortolotto.
- *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo* di Confindustria (marzo 2014).
- *Linee Guida UNI-INAIL* (art. 30 del D.Lgs. 81/2008).
- *British Standard OHSAS 18001* (art. 30 del D.Lgs. 81/2008).

Organismo di Vigilanza e funzione Internal Audit: l'esperienza di Permasteelisa s.p.a.

Avv. Arianna Berna

Group Internal Auditor, Permasteelisa S.p.A.

Abstract

Il presente contributo si propone di analizzare il rapporto intercorrente tra le attività svolte dalla funzione aziendale di Internal Audit e quelle dell'Organismo di Vigilanza, alla luce delle modalità organizzative stabilite in Permasteelisa S.p.A..

Il Gruppo Permasteelisa opera a livello mondiale nel settore della progettazione, produzione e installazione di involucri architettonici, facciate continue e sistemi di interni, collocandosi in posizione di assoluta leadership nel mercato globale di riferimento.

Permasteelisa S.p.A., nel proprio percorso organizzativo ha dapprima attivato la Funzione Internal Audit e successivamente adottato il Modello di Organizzazione e Gestione di cui al D.Lgs. 231/01.

1. - Il percorso organizzativo di Permasteelisa S.p.A.

Permasteelisa S.p.A si è avvicinata al mondo dell'Internal Audit al tempo della quotazione in Borsa, decidendo di mantenerla anche dopo l'intercorso delisting risalente al marzo 2010.

La funzione è stata incaricata dal Consiglio di Amministrazione, con mandato di Audit, di eseguire attività di *Assurance* e *Consulenza* per le società del Gruppo.

Le attività di *Assurance* riguardano il controllo di terzo livello, di conformità a disposizioni di legge o regole interne, finalizzato alla formulazione di un giudizio indipendente riguardo l'efficacia e l'efficienza delle attività di controllo poste in essere da una funzione, un processo o un sistema operativo.

Le attività di *Consulenza* sono i servizi di supporto e assistenza volti a generare un valore aggiunto, migliorando i processi di governance, di gestione del rischio e di controllo dell'organizzazione.

L'Internal Audit svolge quindi un'attività di controllo interno e di consulenza con lo scopo di migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'organizzazione come da definizione degli Standard di Internal Audit.⁶⁴

Al fine di garantire un risultato scevro da pregiudizi e non oppugnabile, l'Internal Audit è indipendente ed esegue gli incarichi con obiettività.

⁶⁴ Definizione di Internal Auditing di International Professional Practices Framework (IPPF): " Internal Auditing è un'attività indipendente e obiettiva di assurance e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione. Assiste l'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto in quanto finalizzato a valutare e migliorare i processi di controllo, di gestione dei rischi e di Corporate Governance.". Gli standard sono guide comportamentali, morali e operative elaborate dall'Institute of Internal Auditors.

L'indipendenza⁶⁵ consiste nella libertà da condizionamenti che minano la capacità dell'audit di agire senza preconcetti e influenze, tale livello di autonomia si realizza tramite l'accesso diretto del Responsabile di Internal Auditing al senior management e al Consiglio di Amministrazione, mentre l'obiettività è l'attitudine mentale di imparzialità di non subordinare il proprio giudizio professionale a pregiudizi, evitando ogni conflitto di interesse, sia di natura personale che professionale, con la società⁶⁶. Questo perché l'agire in situazioni di conflitto potrebbe compromettere l'obiettività nell'esecuzione dei controlli, con conseguente ricaduta negativa sull'affidamento fiduciario dell'organizzazione nei confronti degli Internal Auditor.

L'Internal Audit di Permasteelisa S.p.A. è strutturata al fine di garantire una varietà di competenze al suo interno e proprio per tale motivo sono state attribuite all'Internal Audit anche le attività riconducibili alle disposizioni normative che hanno istituito la responsabilità amministrativa degli enti, ex D.Lgs. 231/01.

Permasteelisa infatti ha implementato un sistema per essere *compliant* a tale norma, che comprende l'adozione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo realizzato su misura della società e l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza.

Permasteelisa ha scelto la composizione collegiale dell'Organo,

⁶⁵ Standard di Connotazione 1100 International Professional Practices Framework (IPPF).

⁶⁶ Standard di Connotazione 1120 International Professional Practices Framework (IPPF).

prediligendo anche in questo caso una diversificazione delle competenze dei profili dei componenti, al fine di garantire un elevato grado di professionalità dell'organo, presupposte competenze di natura giuridica, contabile, aziendale ed organizzativa, oltreché capacità specifiche in attività ispettiva e consulenziale, come per esempio competenze relative alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi, alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari, nonché alle metodologie per l'individuazione delle frodi.

La composizione dell'Organismo di Vigilanza è mista, fra elementi esterni alla società e interni, componenti dell'Internal Audit, al fine di garantire un elevato grado di indipendenza dell'organo.

Secondo quanto disciplinato dal Modello organizzativo nella sua parte generale, ciascun membro dell'Organismo di Vigilanza deve personalmente possedere requisiti di onorabilità e moralità e un profilo professionale che consenta di svolgere efficacemente i compiti affidatigli e non pregiudichi l'imparzialità di giudizio, l'autorevolezza e l'eticità della condotta.

I componenti dell'Organismo di Vigilanza devono essere privi di deleghe operative e non devono avere vincoli di parentela con il Vertice aziendale, né devono essere legati alla Società da interessi economici (es. rilevanti partecipazioni azionarie, etc.), fatte salve tutte le componenti della retribuzione, o da qualsiasi situazione che possa generare conflitto di interesse.

La nomina dell'Organismo di Vigilanza è assegnata direttamente dal

Consiglio di Amministrazione per un periodo di tempo limitato che non può essere superiore a tre anni. Per evitare vuoti di potere è stato, inoltre, definito che l'Organismo di Vigilanza svolgerà pro tempore le proprie funzioni fino alla nomina dei nuovi componenti.

Come previsto dalle Linee Guida di Confindustria la posizione dell'Organismo nell'ente "deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza e/o condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente" (ivi compreso l'organo dirigente). L'Organismo riporta quindi a livello gerarchico ed informativo al Consiglio di Amministrazione. Inoltre, le attività poste in essere dall'Organismo di Vigilanza non possono essere sindacate da alcun altro organo o struttura aziendale.

L'Organismo è inoltre autonomo nel senso regolamentare, ovvero ha la possibilità di determinare le proprie regole comportamentali e procedurali nell'ambito dei poteri e delle funzioni determinate dal Consiglio di Amministrazione.

Le attività dell'Organismo sono infatti regolate oltreché dalle disposizioni del Modello, anche da un regolamento interno, in cui sono stabilite nel dettaglio le attività, comprese le modalità di riunione e la frequenza ordinaria delle sedute collegiali, prevedendo anche la possibilità di indire delle adunanze straordinarie in caso di necessità ed urgenze.

Permasteelisa S.p.A. ha adottato il primo Modello di Organizzazione Gestione e Controllo nel corso del 2005, aggiornandolo in più occasioni,

a seguito delle intercorse modifiche normative e organizzative e sociali dell'azienda.

Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo è composto da una parte generale e da una serie di protocolli di controllo allegati che richiamano il complesso di regole adottate dalla società allo scopo di prevenire la commissione di attività delittuose da parte di personale apicale o di staff.

L'Organismo di Vigilanza ha il compito di verificare l'adeguatezza del documento alla realtà aziendale e agli aggiornamenti normativi, oltreché di verificarne l'effettiva applicazione da parte dei destinatari.

Al fine di ottimizzare e monitorare la propria operatività, l'Organismo pianifica ad inizio anno le attività che intende eseguire, avendo cura di coprire i compiti che gli sono assegnati per legge.

Le macro attività generalmente oggetto di schedulazione sono:

1. vigilanza sull'adeguatezza del Modello nel tempo;
2. progetti di audit sui protocolli di controllo del Modello e follow up sullo stato di risoluzione delle criticità evidenziate negli audit di precedenti esercizi;
3. formazione;
4. reporting verso il Consiglio di Amministrazione e il collegio sindacale.

Segue un approfondimento per ciascuna tematica.

2. - Vigilanza sull'adeguatezza del Modello nel tempo

L'Organismo di Vigilanza monitora l'adeguatezza del Modello periodicamente, ponendo particolare attenzione a valutare gli impatti dei cambiamenti organizzativi e degli aggiornamenti legislativi nella struttura di regole.

Come noto, infatti, il D.Lgs. 231/01 è sottoposto ad un continuo fermento legislativo, poiché con cadenza quasi semestrale la sua applicabilità viene estesa ad ulteriori fattispecie di reato. La conseguenza diretta di tali integrazioni è l'onere per le società di aggiornare le regole interne nell'ottica di presidiare i rischi di commissione del reato.

Tale attività si traduce operativamente in una valutazione degli impatti ed eventuali successive modifiche del Modello in vigore.

Ogni modifica al D.Lgs. 231/01 richiede una preliminare riflessione da parte dell'Organismo sulla ipotetica applicabilità dei reati alla realtà di business in oggetto e successivamente a dare avvio alle eventuali attività di revisione del documento.

Affinché l'impianto di regole statuite nel Modello siano effettivamente applicabili alla realtà di business è necessario svolgere un'attività di risk-assessment con il supporto tecnico dell'Internal Audit, che consiste sostanzialmente nell'analisi dei processi aziendali allo scopo di identificare le possibili aree di rischio.

Si portano ad esempio alcune tecniche di audit che possono essere utilizzate in tali fasi:

- interviste al management e staff;
- raccolta e analisi documentali;
- *“walk-through”* ripercorrere il processo in questione per meglio mappare ogni singola attività.

A quadro operativo ben delineato, sarà possibile identificare quali fra tutte le attività di un processo, possano esporre la società ad una ipotetica commissione del reato.

Per tali attività saranno identificate le regole e le modalità di comportamento volte a prevenire la commissione del reato e i relativi controlli di vario livello, come ad esempio i controlli così detti di linea, per ridurre il rischio di violazioni delle regole aziendali.

La codificazione di tali regole segue di norma due alternative:

- essere inserita in una parte speciale allegata al Modello;
- essere inserita in una procedura richiamata dal Modello stesso.

3. - Progetti di audit sui protocolli di controllo del Modello e follow up sullo stato di risoluzione delle criticità evidenziate negli audit di precedenti esercizi

La selezione dei progetti di audit trova la sua fonte nell'attività di analisi

del rischio, attraverso una mappatura dell'universo della popolazione di attività aziendali potenzialmente verificabili.

L'elenco dei possibili processi o micro processi aziendali *auditabili* deve essere aggiornato con cadenza annuale. Tale attività è demandata alla funzione Internal Audit, che identifica il grado di rischio di commissione dei reati sulla base di analisi date dall'incrocio fra la probabilità di accadimento del fatto con l'impatto economico stimabile dello stesso.

Normalmente è effettuata una valutazione del grado di rischio residuo, ossia il rischio che rimane al netto dei controlli aziendali, che si ottiene incrociando i dati relativi alla valutazione del rischio con i relativi presidi posti in essere dalla società e le risultanze delle pregresse attività di Audit.

Terminata l'analisi del rischio e assegnati i gradi di attenzione, l'Organismo di Vigilanza seleziona gli audit da realizzare nel corso dell'anno prediligendo, di norma, i processi che presentano un grado di rischio più elevato.

Si evidenzia inoltre che tale pianificazione può essere integrata oppure modificata nel corso dell'anno, nel caso in cui si verifichi l'urgenza di effettuare delle attività di verifica specifiche a seguito di una sospetta violazione del Modello.

Il follow up consiste invece nella verifica della implementazione dei piani di azione proposti dal management a risoluzione delle criticità evidenziate negli audit di precedenti esercizi ed è demandata all'Internal

Audit, che adotta, a seconda dei casi, le metodologie adeguate per verificare l'effettiva realizzazione.

4. - Formazione

Le attività di formazione sono di cruciale importanza per la diffusione e la conoscenza del Modello ai suoi destinatari.

L'effettiva realizzazione dei corsi è demandata dall'Organismo alla funzione di Internal Audit che ha impostato dei cicli periodici con l'obiettivo di formare l'intero organico (compreso quindi anche il personale di produzione). L'Organismo di Vigilanza monitora l'effettiva realizzazione delle sessioni di training prendendo visione dei registri di formazione e dell'esito dei test di apprendimento.

L'Organismo di Vigilanza ha scelto infatti di formare tutto il personale dipendente, partendo dalle categorie ritenute più ad alto rischio di commissione dei reati, stanti le mansioni-gradini rivestiti, per proseguire fino a quelli ad impatto inferiore.

L'attività di formazione ha quindi un carattere continuativo ed è effettuata una periodica attività di follow up per verificare il delta di variazione del personale dipendente dato dal fisiologico turnover aziendale; ciò garantisce di mantenere elevate le percentuali di formazione dell'organico.

5. - Reporting verso il Consiglio di Amministrazione e il collegio sindacale

L'Organismo di Vigilanza infine pianifica ed esegue le attività di reporting, con cadenza almeno semestrale, dei risultati ottenuti verso il Consiglio di Amministrazione ed il collegio sindacale.

Nei report sono riepilogati le ultime risultanze di audit, eventuali segnalazioni ricevute, i dati della formazione e i risultati di follow up degli audit passati.

Nel caso dovessero esserci dei rischi imminenti l'Organismo di Vigilanza riporta direttamente al Consiglio di Amministrazione e al collegio sindacale senza attendere le relazioni semestrali.

L'Organismo di Vigilanza pianifica le proprie attività fra la fine dell'anno e l'inizio del successivo, stabilendo anche il Budget di spesa e le risorse che materialmente lo realizzeranno, come ad esempio il numero di persone e le tempistiche di programmazione per la realizzazione di ciascuna attività.

Il Piano e relativo Budget, una volta approvati dall'Organismo di Vigilanza stesso in apposita adunanza, passano al vaglio finale del Consiglio di Amministrazione. Solo successivamente l'Organismo di Vigilanza incarica formalmente l'Internal Audit di procedere con le attività previste: pertanto l'Internal Audit esegue le attività a Piano che rientrano nelle categorie di *Assurance* e *Consulenza*.

L'*Assurance* concerne i controlli pianificati dall'Organismo allo scopo di

verificare l'effettiva applicazione del Modello di Organizzazione Gestione e Controllo della società da parte dei destinatari, mentre la *Consulenza* è relativa ad eventuali attività di assistenza nell'aggiornamento del Modello oppure alla formazione.

L'Internal Audit esegue quindi le attività nei tempi previsti riepilogando, nella conclusione, gli esiti, sia che si tratti di attività di verifica che di consulenza.

Nelle attività di *Assurance* gli auditor riepilogano gli esiti in un Report, condiviso anche con il management interessato che propone i piani di azione a risoluzione delle eventuali criticità. Tale Report contiene anche una valutazione complessiva finale e un dettaglio delle attività di test eseguite con particolare focus sulle criticità/punti di miglioramento riscontrati.

Nelle attività di *Consulenza*, a seconda della tematica, viene fornita evidenza all'Organismo di Vigilanza, come ad esempio i registri di formazione.

L'Organismo riceve le risultanze delle attività di *Consulenza* e *Assurance* tramite un flusso informativo attivato dall'Internal Audit, per discuterne dettagliatamente i contenuti in seduta collegiale, di cui viene redatto verbale, volta per volta.

Infine, l'Internal Audit riferisce l'esito delle attività effettuate a supporto dell'Organismo di Vigilanza nelle relazioni periodiche destinate agli organi di Controllo Interno.

6. - Conclusioni

In Permasteelisa S.p.A. il ruolo della Funzione Internal Audit è fondamentale per la realizzazione delle attività di verifica del Modello organizzativo, e più in generale per il supporto professionale all'Organismo di Vigilanza in tema di responsabilità amministrativa degli enti.

Collegio sindacale e Organismo di Vigilanza

Dr. Michele Furlanetto e Rag. Angelo Moschetta

Commercialisti, membri della Commissione Contabilità Finanza e controllo dell'Associazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso

Abstract

Il D.Lgs. 231/01 prevede quali siano le condizioni affinché le società, ma non solo, possano esimersi dal sistema sanzionatorio previsto dalla legge in questione, nell'ipotesi in cui uno dei reati dolosi ipotizzati dagli artt. 24 e seguenti venga commesso da una persona fisica che si trovi in una determinata relazione con la società stessa originando, in tale modo, una responsabilità non indiretta, ma in qualche modo consequenziale. La rilevanza di tale legge nella vita e nell'economia delle aziende si estrinseca nel sistema sanzionatorio previsto dagli artt. 9 e seguenti che, di fatto, potrebbero incidere economicamente nel bilancio della società, ma soprattutto nella continuità stessa delle operazioni aziendali nel momento in cui venga operata l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, delle licenze o delle concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrattare con la Pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi con revoca di quelli eventualmente concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi. In tale senso il ruolo del collegio sindacale, a parere di chi scrive, è estremamente importante e penetrante.

1 . -Le norme di Legge e la prassi

Collegio sindacale ed Organismo di Vigilanza

Ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. d) del D.Lgs. 231/01 (normativa di riferimento) *“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”*.

In virtù della sopraindicata prescrizione normativa, quindi, i modelli organizzativi (d'ora ed avanti, più semplicemente, “Modello”) devono prevedere che:

- vi siano flussi informativi da e verso l'Organismo di Vigilanza (in seguito OdV);
- tutti gli organi dell'ente, apicali e subordinati, debbano segnalare all'OdV la commissione, o anche solo la presunta commissione dei reati, del codice etico, del Modello e delle procedure attuative del medesimo;
- la violazione di tali obblighi informativi verso l'OdV debba essere specificatamente sanzionata;
- un obbligo per gli apicali ed i subordinati dell'ente (amministratori della società, direttori, dipendenti) di riferire all'OdV notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati;

- siano formulate delle proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti e adeguamenti del Modello;
- vi sia un obbligo di segnalazione all'organo dirigente, ai fini degli opportuni provvedimenti, di quelle violazioni accertate del Modello che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente;
- sia predisposta, su base almeno semestrale, una relazione informativa riguardante le attività di verifica e controllo compiute e l'esito delle stesse, per l'organo dirigente e, in particolare, per la sua eventuale articolazione organizzativa costituita dal Comitato per il controllo e rischi, quando esso non sia investito della funzione di OdV;
- venga trasmessa al collegio sindacale la relazione di cui al punto precedente.

In questo senso è decisamente chiara la Norma 5.5 delle Norme di Comportamento del collegio sindacale elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili in vigore già dal mese di gennaio 2012 (e che non si modificano con le nuove norme in vigore dal mese di settembre 2014) che prevedono che il collegio sindacale:

- acquisisca informazioni al fine di **verificare** gli aspetti inerenti all'**autonomia**, all'**indipendenza** e alla **professionalità** necessarie per svolgere efficacemente l'attività ad esso assegnata;

- acquisisca dall'Organismo le informazioni relative al modello organizzativo adottato dalla società ed al suo funzionamento per **valutare l'operatività dell'OdV e la congruità delle valutazioni e l'adeguatezza delle indicazioni da quest'ultimo adottate;**
- stabilisca con l'OdV termini e modalità per lo scambio di informazioni rilevanti concordando, eventualmente, un programma di incontri nel corso dell'anno;
- solleciti una adeguata riflessione in merito qualora la società non abbia adottato il Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/01;
- verifichi che il Modello Organizzativo preveda **obblighi di informazione del collegio sindacale nei confronti dell'OdV,** nonché modalità di informazione, da parte dell'Organismo di Vigilanza, verso gli organi dirigenti e di controllo dell'ente in merito all'adeguatezza del modello e alla sua efficace attuazione.

Tale funzione penetrante del collegio sindacale nei confronti del modello organizzativo e, soprattutto, dell'OdV trova fondamento in molteplici ordini di fattori.

Il primo risiede nel fatto che il collegio sindacale ricopre un ruolo centrale nel sistema di vigilanza di un emittente, nel caso di specie, dato che al collegio sindacale spetta un compito di vigilanza anche preventiva e non meramente ex post, che si traduce in una verifica sui processi il cui esito va portato all'attenzione degli amministratori, affinché essi

adottino le misure correttive eventualmente necessarie⁶⁷.

In secondo luogo perché il modello organizzativo, soggetto alle attività di verifica di detto OdV, è parte del sistema di controllo interno di cui il collegio sindacale valuta l'adeguatezza e il funzionamento⁶⁸.

In terzo luogo si ha che il perimetro delle funzioni dell'OdV è, infatti, rigorosamente limitato alla vigilanza sul modello organizzativo adottato ai sensi del D.Lgs. 231/01, essendo escluse dal suo ambito operativo eventuali attività di monitoraggio su qualsiasi ulteriore elemento del sistema di controllo interno dell'ente⁶⁹ che spettano, invece, al collegio sindacale.

Un quarto ordine di ragioni si evince dal fatto che all'OdV spettano specificamente le seguenti funzioni (che **non** spettano quindi al collegio sindacale):

- la vigilanza sull'effettività del modello, cioè sulla coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito;
- l'esame dell'adeguatezza del modello, ossia della sua reale - non già meramente formale - capacità di prevenire i comportamenti vietati;

⁶⁷ «Codice di Autodisciplina». Comitato per la Corporate Governance. Luglio 2014.

⁶⁸ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «Norme di comportamento del collegio sindacale». Testo in vigore dal 1° gennaio 2012.

⁶⁹ Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «Documento n. 18. Linee Guida per l'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/01 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale». Maggio 2013.

- l'analisi circa il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- la cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti.

2. - Le verifiche del collegio sindacale

I controlli generali

A sintetizzare gli ambiti di intervento del collegio sindacale ai fini del D.Lgs. 231/01 si può pertanto dire che gli stessi consistano nel:

- verificare l'esistenza del modello organizzativo;
- analizzare l'autonomia, l'indipendenza e la professionalità dell'OdV;
- analizzare l'operatività e la congruità delle valutazioni e l'adeguatezza delle indicazioni proposte dall'OdV.

In altri termini il collegio deve:

- verificare che il Modello sia stato adottato dall'Ente e l'OdV nominato;
- acquisire le informazioni che riguardano il Modello organizzativo e il funzionamento del modello organizzativo stesso dall'OdV e non da altra entità od organo.

I controlli sull' "esistenza"

L'**esistenza** del Modello Organizzativo e la sua adozione rientrano nei più generali doveri di diligenza imposti all'organo dirigente. Da qui la necessità che il collegio valuti attentamente i processi decisionali in merito all'adozione o meno del modello organizzativo.

La decisione infatti di identificare il rischio-reato e gestirlo, al fine di ridurre la possibilità che il relativo evento si verifichi, rientra in una politica che deve necessariamente essere definita dai vertici amministrativi dell'ente nel rispetto delle norme che impongono la cura e la vigilanza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (articoli 2381, quinto comma, e 2403 Codice civile; e, con riferimento alle società quotate, articolo 149 Tuf).

Queste norme incidono anche sulla responsabilità dell'ente ex Dlgs n. 231/2001, imponendo agli organi gestori e di controllo quanto meno il dovere di verificare l'esposizione al rischio-reato della società amministrata con un crescente orientamento giurisprudenziale che tende ad affermare la responsabilità civile degli amministratori per omessa adozione dei cosiddetti modelli 231, ravvisandone i presupposti nella loro inerzia a fronte di uno specifico dovere di attivazione dei medesimi.

Argomentando in maniera forte e rigorosa, pertanto, qualora vi fossero i presupposti per l'adozione del modello organizzativo e la nomina dell'OdV e gli amministratori non vi provvedessero, si potrebbe anche arrivare all'*extrema ratio* che il collegio sindacale, in autonomia, avrebbe

titolo per proporre all'assemblea dei soci l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2393, 3 co, cc.

Sempre in merito all'esistenza del Modello, non si ritiene sia sufficiente che il collegio verifichi che lo stesso esista ma deve compiere un'attività più pregnante che, allo stato attuale dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, potrebbe riguardare le seguenti verifiche sul Modello:

- che la formazione del Modello sia stata compiuta partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo e che il processo di *risk management* sia stato condotto in tutte le sue fasi sinteticamente ripartibili in:
 - mappatura dei processi «a rischio»;
 - elenco dei rischi potenziali (per processo);
 - analisi del sistema di controllo preventivo;
 - valutazione dei rischi residui;
 - adeguamento del sistema di controllo preventivo («protocolli»);
- che vi sia richiesta una formazione specifica dei componenti dell'Organo di Vigilanza ed il possesso di capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale;
- che siano previste, nel Modello, cause di ineleggibilità a componente dell'OdV per effetto di sentenza di condanna (o di

patteggiamento) non irrevocabile;

- che vi sia la presenza di un'attività di formazione rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'Organo di Vigilanza ed ai preposti al controllo interno. Il tutto con le proprie specificità e non con una formazione generica uguale per tutti. Una formazione dai contenuti differenziati, con la loro frequenza, e la previsione di una obbligatorietà della partecipazione ai corsi e controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi;
- l'analisi di una espressa previsione in merito alla comminazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che per negligenza ovvero imperizia non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione di reati;
- che il Modello preveda sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersione di precedenti violazioni, elevato *turn-over* del personale);
- che il Modello contenga l'indicazione di controlli di routine e controlli a sorpresa - comunque periodici - nei confronti delle attività aziendali sensibili;
- che il Modello disciplini un obbligo per i dipendenti, i direttori,

gli amministratori della società di riferire all'OdV notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del Modello o alla consumazione di reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'Organo di Vigilanza;

- che il Modello contenga protocolli e procedure specifici e concreti⁷⁰.

L'**esistenza** del Modello Organizzativo e la sua adozione rientrano pertanto nei più generali doveri di diligenza imposti all'organo dirigente. Da qui la necessità che il collegio valuti attentamente i processi decisionali in merito all'adozione o meno del Modello Organizzativo.

I controlli sui requisiti dell'OdV

Le verifiche che spettano al collegio sindacale sui **requisiti dell'OdV** sono altrettanto pregnanti. Il collegio sindacale acquisisce infatti informazioni al fine di verificare gli aspetti inerenti all'autonomia, all'indipendenza, all'onorabilità (requisito questo, per il vero, introdotto dalla Dottrina) e alla professionalità necessarie per svolgere

⁷⁰ "Decalogo 231" elaborato da M. Arena, "Il 'Decalogo 231' del Tribunale di Milano (II)", in http://www.reatisocietari.it/new/index.php?option=com_content&task=view&id=182&Itemid=46

efficacemente l'attività a esso assegnata.

Sembra quindi esistere un rilevante "sindacato" del collegio (meglio *ex ante* che *ex post*, vien da dire) preventivo e continuativo, una sua valutazione penetrante (non tanto da esprimere un parere motivato non richiesto dalla Legge) e una approfondita conoscenza della materia.

Come può il collegio esimersi dal conoscere, e rendere cogente in azienda, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia di, per esempio, composizione dell'OdV?

A titolo di esempio, si pensi all'Ordinanza 4-14, aprile 2003, del Tribunale di Roma - Giudice per le Indagini Preliminari che ipotizza che, per l'Organismo di controllo, di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), negli enti di dimensioni medio-grandi, la forma collegiale si impone, così come è necessaria una continuità d'azione dell'organo, ovverosia un suo impegno esclusivo sull'attività di vigilanza relativa alla concreta attuazione del Modello presso la persona giuridica.

Sempre nella stessa ordinanza il Giudice rileva l'inidoneità dell'indicazione del responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno quale componente dell'organo di controllo, considerato che questi, essendo deputato a compiti di controllo interno, (proprio perché responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale società operativa), potrebbe non possedere quei requisiti di autonomia e di indipendenza che dovrebbero caratterizzare l'OdV. Vi è un'indubbia commistione, dice l'ordinanza, tra il ruolo di vigilanza impostogli dalla partecipazione

all'organo di controllo e un ruolo di amministrazione attivo, quale deriva dalla concorrente situazione di responsabile della sicurezza e del sistema ISO 9002 non bastando il fatto che sia stato previsto un organo collegiale, costituito oltre che dalla citata persona, anche da altro professionista esterno al gruppo, dato che la collegialità non è di per sé sufficiente ad escludere pericoli di interferenza tra organo di controllo e società controllata.

O, ancora, in merito ai requisiti di **professionalità** quando, (Trib. Milano, 9.11.2004), viene obiettato che in punto di autonomia dell'Organo di Vigilanza non basta che il modello rinvii ai "curricula dei singoli componenti dell'organo" essendo insufficiente che il modello non preveda che, necessariamente, i componenti dell'Organo di Vigilanza debbano possedere capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale conoscendo tecniche di campionamento statistico, tecniche di analisi e valutazione dei rischi, tecniche di intervista e di elaborazione di questionari, nonché conoscenza delle metodologie per l'individuazione delle frodi.

E ancora il Tribunale di Napoli, 26.06.2007, quando critica il Modello Organizzativo perché non vi è alcuna indicazione sulla professionalità richiesta ai membri del OdV. In particolare non è richiesto che i medesimi abbiano precipue competenze di attività ispettiva, consulenziale ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati.

Sui requisiti di **onorabilità** le critiche giurisprudenziali sembrerebbero orientate ad un concetto di onorabilità maggiormente “ristretto” (rispetto a quello che si legge in molti Modelli Organizzativi) ritenendo che il mantenimento del requisito sino, per esempio, ad una sentenza di condanna irrevocabile, potrebbe condurre alla nomina di membro dell’Organo di Vigilanza un soggetto condannato - seppure con sentenza non irrevocabile - per corruzione, per truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile ad esempio per gravi fatti corruttivi (Trib. Milano, 9.11.2004).

E ancora, non può essere che nei verbali del consiglio di amministrazione con i quali sono stati approvati i nuovi modelli di organizzazione e nominati i propri organismi di vigilanza, manchino le motivazioni che diano atto della sussistenza dei requisiti di indipendenza, autonomia, onorabilità e professionalità dei membri dell’OdV operando un semplice rinvio ai relativi *curricula* e a quanto dai medesimi dichiarato in ordine al possesso dei requisiti soggettivi prescritti (Trib. Napoli, 26.6.2007).

Ma anche l’attività ispettiva dell’OdV è stata e viene messa sotto la lente dell’autorità giudiziaria, e deve essere quindi valutata dal collegio sindacale, dato che è stato detto che il regolamento dell’OdV di una società non può non prevedere alcunché circa la periodica attività ispettiva, le cui scadenze e modalità dovrebbero essere invece indicate nel regolamento stesso (Trib. Napoli, 26.6.2007).

Il tema dell'**incompatibilità** è stato anche esso oggetto di analisi giurisprudenziale quando, ad esempio, è stato criticato il fatto che *“In ragione dei rapporti esistenti tra gli organismi di vigilanza delle società del gruppo ... e soprattutto dei rapporti infragruppo ... desta perplessità che un membro dell'Organismo di Vigilanza della società capogruppo, titolare di un potere di controllo sulle prestazioni di servizio effettuate dalla medesima in favore delle società appartenenti al gruppo, ricopra all'interno delle società controllate la carica di membro del consiglio di amministrazione”* (Trib. Napoli, 26.6.2007).

Le informazioni acquisite dal collegio sindacale dall'OdV

Da tutto quanto più sopra, effettuate le verifiche sull'esistenza e formazione del Modello, verificati i requisiti dell'OdV, il collegio, deve acquisire dall'OdV le informazioni relative al modello organizzativo adottato dalla società e al suo funzionamento. Tali informazioni, **sembra**, debbano essere acquisite in maniera “indiretta”, per così dire, dall'OdV medesimo. Le informazioni servono per:

- valutare l'operatività dell'OdV;
- valutare la congruità delle valutazioni e l'adeguatezza delle indicazioni da quest'ultimo proposte.

Sulla base delle informazioni acquisite dall'OdV, il collegio sindacale si relaziona con l'OdV non tanto per un sindacato dettagliato sul modello organizzativo quanto per valutare l'operatività ed il giudizio che l'OdV

dà allo stesso e per saggiare la congruità delle valutazioni da questi operate.

Ma come si pone, quindi, il collegio sindacale di fronte ad un Modello che non recepisca, per esempio, alcune disposizioni di Legge ovvero di dottrina, prassi e giurisprudenza in materia? Probabilmente l'interpretazione migliore è che il collegio dovrà relazionarsi con l'OdV, valutandone l'operato, affinché questi possa istruire la modifica che sarà, comunque, sempre e solo di pertinenza dell'organo amministrativo della Società.

Collegio sindacale ed OdV - flussi informativi

Il fatto che il collegio sindacale possa stabilire con l'OdV termini e modalità per lo scambio di informazioni rilevanti concordando, eventualmente, un programma di incontri nel corso dell'anno determina alcune considerazioni:

- che si tratti di una facoltà e non di un obbligo;
- che gli incontri siano una eventualità dato che, forse, basterebbero anche delle relazioni periodiche e lo scambio di documenti;
- quale sia l'estensione delle informazioni da scambiare e il tema della loro bidirezionalità o meno.

In virtù di quanto sopra non si vedono ostacoli alla condivisione delle

informazioni tra collegio sindacale e OdV. Non si ritiene infatti che possa, per esempio, essere eccepita la riservatezza delle informazioni del collegio sindacale in tema di 231/2001. E questo nonostante al fatto che ai dipendenti e agli ausiliari del sindaco l'organo amministrativo può rifiutare l'accesso a informazioni riservate, salvo l'onere per quest'ultimo di motivare il proprio rifiuto⁷¹. Chiaramente dovranno essere informazioni "rilevanti 231" e non anche tutte le informazioni che il collegio acquisisca nell'esercizio della propria funzione (durante la partecipazione ai consigli di amministrazione per esempio).

Ecco quindi che la relazione dovrebbe essere bidirezionale⁷² e non unidirezionale con regole di comunicazione chiare e formalizzate costruite di concerto tra il collegio sindacale e l'OdV. Nondimeno vi sono delle indicazioni da parte di alcuni Enti (Isvap) per cui le regole di comunicazione dovrebbero essere indicate nel Modello e questo perché l'organo di controllo, le società di revisione, la funzione di revisione interna, di *risk management* e di *compliance*, l'OdV, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti con l'organo amministrativo che definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti i compiti di controllo. Non v'è dubbio che in tale circostanza è

⁷¹ Norma di comportamento 2.2 "Utilizzo di propri dipendenti e ausiliari".

⁷² Bidirezionalità esplicitamente prevista dalla norma 5.5 di cui più sopra quando prevede che "È opportuno altresì che il modello organizzativo preveda **obblighi di informazione del collegio sindacale nei confronti dell'Organismo di Vigilanza**, nonché modalità di informazione, da parte dell'Organismo di Vigilanza, verso gli organi dirigenti e di controllo dell'ente in merito all'adeguatezza del modello e alla sua efficace attuazione."

stato ben evidenziato che viene operato un rinvio alla autonomia privata la soluzione di uno dei punti critici più delicati in materia di amministrazione e controllo (Montalenti).

Negli scambi tra collegio sindacale e OdV si ritiene che oggetto del flusso informativo possano essere, in merito ai contenuti:

- i risultati dell'attività periodica di controllo del modello svolta dall'organizzazione (report informativi relativi alle operazioni svolte, a degli indici statistici, ecc...);
- le anomalie riscontrate a livello di singola operazione (poiché la rilevazione a livello sistemico delle anomalie spetterà all'OdV stesso);
- un rapporto periodico in materia di salute e sicurezza sul lavoro;
- le criticità del modello individuate, e quindi i nuovi rischi che gravano sull'azienda;
- le proposte di intervento per la manutenzione del modello, al fine di renderlo maggiormente efficace alle sue finalità;
- le infrazioni delle disposizioni previste dal modello con conseguente esposizione dell'Ente alla consumazione del reato, gli eventuali reati accertati, le richieste di comminazione delle sanzioni interne previste dal modello.

Mentre, per quanto riguarda la periodicità e le regole di scambio delle informazioni potrebbe essere ipotizzata:

- la partecipazioni alle riunioni dell'OdV, per esempio, del presidente del collegio sindacale (che tuttavia non è formalizzata in nessuna "Linea Guida" elaborata dalle Associazioni di Categoria quale requisito del Modello o del regolamento dell'OdV);
- la messa a disposizione dei verbali delle riunioni dell'Organismo ai membri del collegio sindacale (con la presenza o meno di un delegato dell'OdV, per esempio, durante la loro lettura da parte del collegio sindacale).

In merito si ravvisa, nella prassi, una difficoltà da parte dell'OdV di mettere a disposizione del collegio sindacale i propri verbali mentre, in realtà, dai verbali dell'OdV, il collegio può trarre importanti informazioni sull'operatività dello stesso.

In giurisprudenza, infatti, è stato detto che *"Le relazioni, scarse, sintetiche e ripetitive, dei rispettivi organismi di vigilanza deputati al controllo sull'osservanza dei modelli e sul loro aggiornamento sono ... prive, dunque, di ogni valenza ai fini della verifica del comportamento tenuto dalle società prima e durante la perpetrazione degli illeciti presupposti in contestazione.... Anzi, del tutto involontariamente, risulta fornita adeguata dimostrazione della natura solo formale e niente affatto sostanziale delle regole organizzative, di gestione e di controllo e, dunque, dei presidi di cui le società si sarebbero munite..."* (Trib. Napoli, 26.6.2007).

È indubbio, quindi, che qualora il collegio sindacale potesse verificare i verbali dell'OdV meglio sarebbe in grado di svolgere la propria attività

di valutazione circa il funzionamento dell'OdV stesso e, quindi, valutare la bontà di una componente fondamentale del Modello Organizzativo e della sua tenuta al verificarsi di un reato presupposto.

3. - Conclusioni

In virtù di quanto esposto, quindi, il collegio sindacale deve operare nell'interesse della società, dei soci e dei terzi svolgendo le proprie funzioni di controllo e vigilanza sulla gestione sociale. In questo senso le norme di prassi richiedono che il collegio sindacale, preposto all'analisi e alla verifica del Sistema di controllo interno aziendale, dovrebbero avere una buona conoscenza dell'economica aziendale e del diritto societario, familiarità con i bilanci ed indipendenza di giudizio comportando, questo, anche l'analisi del Modello di Organizzazione e Gestione di cui al D.Lgs. 231/01 senza che la valutazione dello stesso possa rappresentare per il collegio sindacale un avallo od una "certificazione" dato che, essendo tale modello "parte" del sistema di controllo interno aziendale, di questo ha tutti gli elementi positivi ma tutte le limitazioni. Si rammenta infatti, che il meglio che ci si può attendere da un sistema di controllo interno è l'ottenimento di una ragionevole sicurezza che non implica che i sistemi di controllo interno siano frequentemente inefficaci dato che essi si basano sempre e comunque su decisioni umane prese sulla base delle informazioni disponibili ed in base all'urgenza delle circostanze. Ecco spiegata quindi la pervasività dell'attività del collegio sindacale quale soggetto preposto

al sistema dei controlli interni aziendali con dovere di vigilanza anche sul Modello e sulla composizione ed attività dell'OdV al fine di garantire una effettiva tenuta del modello e della sua conseguente efficacia esimente.

4. - Riferimenti bibliografici e fonti

- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «Principi di comportamento del Collegio Sindacale di società non quotate». Testo in vigore dal settembre 2015.
- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex D.Lgs. 231/01. Gli ambiti di intervento del commercialista». Settembre 2012.
- Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. «Documento n. 18. Linee Guida per l'OdV ex D.Lgs. 231/01 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del Collegio Sindacale». Maggio 2013.
- ABI, Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche.
- Comando Generale della Guardia di Finanza III Reparto Operazioni - Ufficio Tutela Economia e Sicurezza, Attività della

Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali, Volume III
“Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato”,
Circolare n. 83607/2012.

Riflessioni sull'adozione del Modello Organizzativo: due esperienze a confronto

Dott. Pasquale Costanzo

Referente servizi di compliance area legale societario e risk management di Unindustria Servizi & Formazione Treviso Pordenone

Abstract

Il presente contributo, anche grazie a due testimonianze aziendali, vuole mettere in evidenza quelli che possono essere i comportamenti adottati dalle aziende nel momento in cui decidono di approcciarsi al tema del D.Lgs. 231/01, in modo particolare per quanto concerne la predisposizione del Modello Organizzativo, valorizzando l'approccio più virtuoso quale migliore sintesi tra l'ottemperanza alla norma e le ricadute in termini organizzativi e gestionali derivanti dall'adozione della stessa compliance.

1. - Considerazioni introduttive

Ciò che emerge anche dai contributi precedenti è l'assoluta centralità attribuita dal legislatore al Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, di seguito per semplicità Modello Organizzativo. Tale importanza è confermata, inoltre, dalla previsione sempre "ex lege" di un organo dell'Ente - Organismo di Vigilanza⁷³ - dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il cui compito principale è quello di

⁷³ Organo designato dal Consiglio di Amministrazione.

vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dello stesso Modello, curandone anche il relativo aggiornamento.

Il presente elaborato, anche attraverso la raccolta di due interviste aziendali⁷⁴, nasce per testimoniare come tali aziende si siano approcciate e abbiano "vissuto" il progetto di adozione del Modello Organizzativo ed i relativi effetti avuti sull'organizzazione, evidenziandone - laddove presenti - le eventuali difficoltà riscontrate in fase di stesura del progetto ed i vantaggi ottenuti dall'avvio dello stesso.

Tale contributo, inoltre, così come meglio descritto nel paragrafo successivo, vuole anche mettere in evidenza l'approccio che l'azienda dovrebbe privilegiare nell'adeguamento ai dettami del Decreto Legislativo: in modo particolare l'adozione del Modello Organizzativo deve essere "vista" non solo come una delle condizioni **esimente** di responsabilità, ma soprattutto come leva per il miglioramento della propria governance aziendale e più in generale dei propri processi. Secondo questa visuale l'ottemperanza alla norma, pertanto, non deve essere vissuta solo come un insieme di formalità burocratiche fini a se stesse⁷⁵ - ma appunto come occasione di sviluppo organizzativo, attraverso la progettazione e/o la riprogettazione della propria organizzazione aziendale, il tutto a prescindere dal proprio dimensionamento.

⁷⁴ Interviste al board aziendale di Mionetto S.p.A. e Pasta Zara S.p.A.

⁷⁵ Facendo privilegiare l'aspetto burocratico, concentrato sulla regolarità amministrativa e di internal auditing, con applicazione di procedure rigide.

2. - *Quali approcci alla compliance prevista dal D.Lgs. 231/01*

In letteratura aziendale, tesi confermata anche dal nostro osservatorio privilegiato sul mondo imprenditoriale territoriale e nazionale⁷⁶, è interessante notare come si siano oramai consolidati tre approcci ai profili di compliance al D.Lgs. 231/01: il primo di natura **opportunistica**, il secondo **virtuoso** e il terzo **moderno**. Il primo approccio *opportunistico* deriva dalla necessità per l'azienda di dotarsi di un Modello Organizzativo solo in quanto la stessa si sente obbligata ad adottarlo su sollecitazione del collegio sindacale, revisori interni oppure perché, lavorando con clienti particolari e strategici (ad es. multinazionali, aziende dimensionate etc.) tale documento viene richiesto come elemento di "certificazione" formale dei propri processi aziendali. Tali soggetti, pertanto, concepiscono e utilizzano il Modello Organizzativo come strumento di comunicazione, considerandolo un documento interno tra addetti ai lavori, da mostrare solo in caso di giudizio oppure su richiesta degli organi di controllo oppure dai clienti strategici. L'eventuale aggiornamento dello stesso Modello per effetto dell'introduzione dei nuovi reati presupposto oppure per modifiche del business e/o delle proprie dinamiche organizzative non viene considerato elemento prioritario, da attuarsi solo in un secondo momento o addirittura in maniera parziale o comunque il meno impattante possibile.

Il secondo approccio *virtuoso*, invece, considera il Modello

⁷⁶ Unindustria Treviso è tra le prime cinque realtà di Confindustria per numero di aziende iscritte e per totale dipendenti.

Organizzativo come un vero e proprio strumento di analisi del rischio reato (Risk analysis), prevalentemente ad uso interno, i cui risultati e le azioni correttive sono da condividere internamente (management e con qualche altro collaboratore), documento da non divulgare all'esterno⁷⁷, salvo eventualmente, il solo Codice etico. Più l'impegno dell'azienda nella mappatura delle aree a rischio reato è alto, così come nell'aggiornamento del Modello, meno è disponibile a dotarsi di regole che possono compromettere l'operatività dell'impresa. Cosciente di quest'ultimo limite l'azienda risulta essere restia nel condividere tale processo di adozione del Modello Organizzativo a favore dell'ambiente esterno (stakeholder).

L'ultimo approccio *moderno*, considera, invece, l'adozione del Modello Organizzativo come uno strumento utile di verifica, ottimizzazione e monitoraggio dei propri processi aziendali, da condividere con tutto il personale attraverso un'adeguata pubblicità (intranet aziendale, bacheca, previsione di incontri formativi e informativi etc.), riconoscendo a tale documento anche una dimensione esterna (strumento di comunicazione istituzionale vs stakeholder).

A conferma della bontà dell'approccio moderno, la previsione dell'art. 6 del D.Lgs. 231/01, il quale prevede: *“l'ente non risponde se prova che (...) 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 quelli verificatesi”*, ad avviso dello scrivente, va interpretata

⁷⁷ Tale atteggiamento è giustificato dal timore dell'azienda di mostrare all'esterno eventuali punti di debolezza.

soprattutto come spinta del vertice strategico a prendere provvedimenti in senso organizzativo. Sul punto, risulta fondamentale - ad esempio facendo ricorso anche allo strumento delle deleghe e/o procure - definire: da una parte un "sistema di progettazione" delle posizioni, dei relativi sistemi di comunicazione e più in generale del sistema decisionale⁷⁸ e dall'altra individuare delle modalità "standardizzate"⁷⁹ di definizione del comportamento, tali da essere in linea con il sistema decisionale, con il livello di organizzazione prescelto e soprattutto con il grado di complessità dell'ambiente in cui opera l'azienda. Rispetto al primo aspetto, l'azienda deve puntare su un nuovo approccio manageriale/organizzativo orientato sì al raggiungimento dei risultati (business), ma facendo leva sulla specializzazione e ripartizione dei compiti (separazione degli stessi nelle varie fasi⁸⁰), privilegiando modalità di raggruppamento delle stesse posizioni (ad es. lavorare su gruppi di lavoro per processi) e infine decentrare le decisioni in senso verticale e orizzontale coerentemente con la divisione del lavoro prescelta.

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto, standardizzare significa definire delle procedure⁸¹, il cui scopo è far sì che, in un determinato ambito, tutti gli operatori agiscano in modo uniforme e formalmente riconosciuto. Le procedure o meglio i protocolli, che dovranno essere

⁷⁸ I parametri di progettazione organizzativa - Prof Francesco Maria Spano.

⁷⁹ I protocolli di gestione del rischio reato. Le Linee Guida di Confindustria individuano i protocolli quali componenti del sistema del controllo preventivo.

⁸⁰ Ad es. contrapponendo il soggetto che sceglie i fornitori con quello che poi provvede al pagamento.

⁸¹ L'insieme di norme da seguire agendo per un determinato fine.

necessariamente scritti, sono importanti anche per rendere concretamente possibile l'attività di controllo/vigilanza delle funzioni deputate allo scopo⁸². In tale ottica, tali protocolli pertanto costituiscono un punto di riferimento sia per gli operatori sia per i controllori; per chi deve eseguire il lavoro giornaliero; per i revisori interni⁸³ dell'impresa che devono confermare o meno lo svolgersi del lavoro secondo standard prestabiliti dal management; ma soprattutto per i revisori esterni che devono certificare, a soci, amministratori e altri dirigenti dell'impresa, la correttezza organizzativa della società e più in generale della governance societaria e il livello di controllo interno tendente alla minimizzazione di un dato "rischio".

3. - Perché un nuovo approccio e le fasi di "costruzione" del Modello Organizzativo

L'esigenza di tale nuovo approccio, appunto quello moderno, nasce come conseguenza diretta di un momento di cambiamento degli stili manageriali, dovuto a fattori legati alla maggiore competizione, all'espansione dei confini geografici e ad altre variabili⁸⁴. L'esigenza, pertanto, è quella di adottare delle soluzioni organizzative che permettano uno sviluppo molto più dinamico e nello stesso tempo più

⁸² In primis l'Organismo di Vigilanza.

⁸³ Internal Audit.

⁸⁴ Ad es. maggiori conflitti nella gestione delle risorse umane, concorrenza sleale presente sul mercato etc.

attento ad alcune dinamiche di legalità⁸⁵ rispetto al passato e che, inevitabilmente, agiscano anche sul confine tra opportunità e rischio legato all'adozione del D.Lgs. 231/01.

In tale contesto assume sicuramente importanza il Modello Organizzativo, la cui predisposizione, come meglio descritto più avanti, deve tenere conto necessariamente dello stato dell'arte delle prassi operative e delle procedure operanti all'interno dell'organizzazione della società⁸⁶, dei sistemi di controllo presenti, ma nello stesso tempo introdurre, laddove necessario, delle azioni di miglioramento in grado di condurre la gestione d'impresa verso gli obiettivi di efficienza organizzativa e soprattutto di legalità.

È per tale motivo che ogni Modello Organizzativo deve essere costruito e adattato in base alle concrete esigenze dell'impresa, e la realizzazione dello stesso ha tempistiche differenti per quelle che sono le diverse realtà societarie.

La costruzione del Modello Organizzativo, pertanto, si configura come un processo, articolato nelle seguenti fasi:

Fase 1) Pianificazione: individuazione di soggetti da coinvolgere nel progetto di sviluppo del Modello Organizzativo e contestuale definizione di un piano di intervento, il cui piano dovrà prevedere i soggetti da intervistare e la relativa tempistica.

⁸⁵ Il Rating di legalità, protocollo siglato tra Antitrust, Autorità Anticorruzione e Confindustria.

⁸⁶ Procedure che derivano dall'adozione di altri sistemi di gestione (ad es. qualità, sicurezza sui luoghi di lavoro etc.).

Fase 2) Analisi: “immersione” nelle dinamiche societarie, attraverso l’analisi della documentazione utile all’individuazione dei principali processi aziendali (es. organigramma, sistema di deleghe, tracciabilità delle operazioni, flussi informativi, eventuali sistemi di gestione presenti in azienda - qualità, sicurezza, ambiente - lettera assunzione, condizioni generali di contratto, etc.).

Fase 3) Risk assessment: mappatura delle aree di rischio, il cui obiettivo è quello di giungere all’individuazione dei possibili reati, che potrebbero essere commessi dai soggetti in posizione apicali o loro sottoposti. Tale fase, inoltre, prevede la concreta valutazione della presenza di controlli aziendali, in grado di ridurre i rischi rilevati per la commissione dei reati, e allo stesso tempo, identificare protocolli organizzativi che regolamentino lo svolgimento dell’attività aziendale e favoriscano la “separazione dei poteri” organizzativi e di gestione.

Fase 4) Redazione del Modello Organizzativo: predisposizione del Modello vero e proprio, il quale va poi illustrato, sensibilizzando contemporaneamente tutta l’azienda verso comportamenti volti a scongiurare l’apertura di procedimenti penali nei confronti della società e di sanzioni disciplinari nei confronti dei dipendenti.

Fase 5) Presentazione: presentazione e discussione del Modello Organizzativo al personale, anche attraverso lo strumento della formazione, assistenza all’Organismo di Vigilanza e diffusione di tutto il Modello e/o del Codice etico a favore degli stakeholder.

Sicuramente le fasi più delicate nella costruzione del Modello

Organizzativo sono quelle relative al risk assesment (Fase 3) e la successiva redazione del Modello (Fase 4). Per quanto riguarda la fase del risk assesment si evidenzia che qualsiasi organizzazione che voglia essere in compliance con il D.Lgs. 231/01 non può prescindere dall'analisi del proprio contesto aziendale al fine di individuare le aree più sensibili al rischio reato e la definizione dei protocolli di gestione dei rischi reati, attività di analisi che richiede la conoscenza profonda dei propri processi aziendali e del contesto in cui opera l'azienda stessa. Relativamente, invece, alla fase di redazione del Modello (Fase 4) risulta importante valorizzare e armonizzare tutte le procedure/prassi già esistenti in azienda, evitando delle pericolose e inutili sovrapposizioni il cui effetto sarebbe quello di creare confusione e disorientamento all'interno della stessa organizzazione, mettendo a rischio l'intero processo.

Se è vero che, come più volte indicato da Confindustria, sarebbe auspicabile una revisione della normativa in oggetto in quanto la stessa norma viene vissuta con una certa sofferenza delle imprese per una serie di fattori (continuo ampliamento del catalogo dei reati presupposto che, in alcuni casi, creano delle difficoltà pratiche applicative⁸⁷, il carico di responsabilità e sanzioni previsto in caso di violazione della stessa norma, il rischio di irrigidimento dei processi aziendali) è anche vero che l'implementazione e successiva adozione del Modello Organizzativo, secondo le logiche di cui prima, può consentire di ottenere una serie di

⁸⁷ Non è chiaro l'impatto del nuovo reato in materia di autoriciclaggio, ossia se confinato ai soli reati presupposto oppure esteso a tutte le fattispecie di reato.

vantaggi diretti e indiretti oltre a quelli già in parte già descritti nei paragrafi precedenti. Tali ulteriori vantaggi consistono ad esempio nella possibilità, approfittando dell'attività di mappatura delle aree a rischio reato, di effettuare un'attenta analisi dei processi⁸⁸ al fine di scoprire eventuali inefficienze di natura di organizzativa aziendale (ad es. miglioramento dei processi di acquisti/approvvigionamento, revisione delle modalità di selezione del personale etc.), definendo nel contempo precise responsabilità. Innanzitutto il vertice aziendale, agendo sul corpo testuale del protocollo, potrà ottenere l'effetto di assegnare delle precise responsabilità alle diverse funzioni aziendali coinvolte nel processo, evitando quelle zone d'ombra in cui compiti o responsabilità potrebbero essere fonte, oltre che di comportamenti illeciti, anche di inefficienze e/o sprechi di risorse aziendali.

Altri vantaggi indiretti, invece, possono essere quelli di individuare delle eventuali irregolarità rispetto ad altre normative (ad. es. diritto del lavoro, diritto previdenziale etc...) attività non necessariamente rientranti nel novero dei reati presupposto, ma che sono importanti nell'ottica di rispetto della compliance in generale. L'adozione del Modello, inoltre, può avere come effetto il prevenire delle frodi, oltre che i danni al patrimonio aziendale (ad es. la perdita del know-how aziendale). Infine e non da meno, lo strumento può prevenire i danni all'immagine legati alla pubblicità di una sentenza di condanna.

⁸⁸ Attività di risk assessment.

4. - L'interazione tra Organismo di Vigilanza e collegio sindacale: l'esperienza di Mionetto S.p.A.

Mionetto S.p.A. è un'azienda vinicola parte di un gruppo internazionale che distribuisce in tutto il mondo i propri prodotti, realizzati in diverse cantine del territorio. Nell'ambito della propria politica societaria, improntata "all'esigenza di assicurare condizioni di correttezza e di trasparenza nella conduzione del business aziendale, a tutela della propria immagine e posizione e del lavoro dei propri dipendenti", ha ritenuto di ottemperare alle disposizioni di cui al Decreto, procedendo alla predisposizione ed attuazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo.

Per approfondire la tematica e avere un'opinione diretta rispetto all'adozione del Modello Organizzativo, il **dottor Marco Tomasin, CFO dell'azienda**, ha descritto i motivi per i quali il gruppo Mionetto ha scelto di intraprendere questo percorso, quali i vantaggi e quali le difficoltà incontrate.

Il Modello Organizzativo è stato adottato dall'azienda a partire dalla seconda metà di febbraio 2015, dopo un lavoro durato poco più di un anno, quindi il lasso di tempo trascorso per descrivere l'esperienza è certamente breve. La scelta di adottare il Modello Organizzativo è stata presa "grazie all'impulso e allo stimolo arrivato dal gruppo di cui Mionetto S.p.A. fa parte, da sempre sensibile alla tematica e molto attento alla compliance in generale".

La parte iniziale dell'attività è stata incentrata sulle interviste e

sull'identificazione dei rischi nei diversi processi. "Quello che consideriamo più difficile" afferma il dottor Tomasin "è la fase successiva, legata alla diffusione, in cui sarà necessario analizzare e comprendere fino a che livello spingersi anche relativamente alla formazione dei dipendenti, alla diffusione ai partners, ai clienti e ai fornitori. Si tratta, crediamo, di un'attività più impegnativa e non possiamo correre il rischio di invalidare il progetto perché non rispettiamo la corretta modalità di diffusione del Modello Organizzativo".

Il percorso di implementazione è iniziato alla fine del 2013 è terminato l'anno successivo. Il Modello Organizzativo, infatti, è stato adottato a febbraio 2015.

Come anticipato il periodo di tempo intercorso dall'adozione del Modello Organizzativo è stato breve, ma un vantaggio all'interno dell'azienda è già stato riscontrato, perché l'impegno nella parte di formazione è stato anche occasione per rendere tutti più responsabili. "Alcuni temi, nonostante non siano nuovi, vanno sottolineati e ribaditi. Tutti vanno coinvolti e il Modello 231 ha aiutato in questo senso, aumentando la consapevolezza dell'intera organizzazione. L'adozione del Modello e il lavoro che è stato necessario mettere in campo sono stati accolti con spirito positivo, anche se certamente hanno rappresentato un impegno in termini di tempo e risorse". L'adozione del Modello Organizzativo rende necessario intraprendere e realizzare diverse attività: dalla raccolta documentale, all'analisi dei processi organizzativi,

agli audit, alle interviste fino ai report conclusivi.

Non da ultimo anche nei confronti dei clienti c'è stato un miglioramento, non in termini di vendita, ma di "reputazione" e affidabilità. Il Modello è apprezzato, in quanto indice di volontà di rispetto delle norme.

Tomasin afferma ancora: "Per chi non conosce la 231 e i suoi diversi aspetti si tratta di un documento abbastanza corposo e complesso in cui si rischia di "perdersi". Per questo la nostra intenzione è focalizzarci, a seconda del ruolo dei dipendenti, negli argomenti di interesse specifico".

Durante la fase di adozione sono state utilizzate procedure già esistenti in azienda. La seconda fase, a questo punto, dev'essere incentrata nel mettere a punto un sistema in cui le varie procedure possano essere recepite nel Modello in tempi rapidi. "Siamo in una fase di assestamento in questo tipo di attività e ci servirà vedere nel corso del tempo lo sviluppo dei cambiamenti. A maggio scorso, per fare un esempio concreto, abbiamo conseguito una certificazione nell'ambito della qualità, l'International Food Standard, e anche questo è un ambito che il Modello Organizzativo può contribuire ad integrare".

L'azienda, una volta terminato il percorso di predisposizione del Modello Organizzativo, ha affrontato la questione della composizione dell'Organismo di Vigilanza, partendo anche da quanto previsto dalle recenti Linee Guida di Confindustria. Si è deciso di optare per un Organismo Collegiale, scegliendo di inserire una figura interna, soggetto che conosce i processi organizzativi interni e che, se chiamata, potrà

fornire un aiuto nei flussi informativi tra i diversi collaboratori e lo stesso Organismo di Vigilanza.

5. - Interazione tra Organismo di Vigilanza e collegio sindacale: l'esperienza di Pasta Zara S.p.A.

Pasta ZARA S.p.A. è un'azienda con più di un secolo di storia alle spalle: nata come laboratorio artigianale, è oggi un'impresa in forte espansione, capace allo stesso tempo di mantenere inalterati i valori di base: l'attenta selezione della semola di grano duro migliore e la pastificazione tramite le tecnologie più moderne. Un percorso che ha trovato la giusta sintesi fra **tradizione e innovazione**.

Prima tra gli esportatori italiani di pasta e al secondo posto tra i produttori - oggi l'azienda conta tre stabilimenti: il principale a Riese Pio X (TV), uno a Muggia (TS) e un altro a Rovato (BS) - nel recente periodo ha intrapreso un percorso che l'ha portata, all'**adozione del Modello Organizzativo legato al Decreto Legislativo 231/2001**, documento approvato con delibera del 24 aprile 2015.

Pasta Zara S.p.A. ha, infatti, ormai raggiunto una dimensione importante e mettere in atto soluzioni che la tutelino dalla possibilità di incorrere in sanzioni amministrative è fondamentale. L'applicazione del Modello è stata dunque un'occasione per strutturare in maniera sistematica tutti i processi aziendali, verificando e correggendo eventuali anomalie.

Abbiamo intervistato, in merito alla questione, Furio Bragagnolo, Presidente di Pasta Zara S.p.A. e abbiamo cercato di cogliere gli aspetti principali dell'adozione del Modello Organizzativo.

*“Qualche anno fa ho partecipato in prima persona a un convegno sulla 231, organizzato da UNIS&F, dove ho potuto ascoltare l'intervento del dottor Carlo Nordio, Procuratore aggiunto della Procura generale di Venezia, e quanto ho sentito mi ha convinto a implementare il Modello Organizzativo. Per definirlo potremmo usare la metafora del “**vestito su misura**”, perché a seconda delle esigenze e delle peculiarità di ogni azienda, il Modello cambia e si modificano anche i reati da tenere in considerazione come possibile rischio”.*

Un Modello che, seppure necessita di essere snellito dal punto di vista burocratico, presenta alcuni vantaggi per l'azienda, primo fra tutti la tutela e la valorizzazione del know-how aziendale, dove il rispetto di determinati protocolli per ciò che concerne il trattamento delle informazioni e la sicurezza dei sistemi informativi, così come la definizione di politiche di supporto al ciclo acquisti e/o vendite, con la contestuale previsione di un sistema di deleghe operative a favore di determinate figure, hanno consentito di mettere in atto una serie di misure in grado non solo di proteggere il patrimonio aziendale, ma di renderlo efficace ed efficiente in termini organizzativi.

A testimonianza di quanto sopra il dott Furio Bragagnolo conferma che: *“L'adozione di un idoneo Modello Organizzativo come previsto dal D.Lgs. 231/01, ha permesso di rivedere criticamente i processi interni ed esterni e ci ha fatto comprendere il vantaggio di utilizzare delle procedure che contribuiscano a*

tutelare l'impresa ed ha favorito l'integrazione dei tre stabilimenti che erano comunque già integrati dal punto di vista informatico. Il progetto di adozione del Modello ha portato un valore aggiunto, dal momento che ha reso possibile l'armonizzazione dei vari sistemi di gestione già presenti in azienda (qualità, sicurezza sui luoghi di lavoro, ambiente etc.), sfruttando le sinergie presenti all'interno dei vari reparti, il tutto attraverso la condivisione di metodi di lavoro ed un aggiornamento e confronto continuo. In tale processo di adeguamento sono stati coinvolti tutti Dirigenti e i Quadri aziendali e certamente la consapevolezza dei rischi possibili ha fatto sì che aumentasse anche il senso di responsabilità nei confronti dell'azienda".

Sempre il dottor Bragagnolo afferma che: "Il tema del D.Lgs. 231/01 è una materia complessa e particolarmente insidiosa, tenuto conto del fatto che i reati presupposto continuano ad aumentare in maniera significativa, creando disorientamento nei confronti dei soggetti che hanno deciso di implementarla, con il rischio che la stessa norma possa introdurre degli elementi di rigidità organizzativa e di natura formale che possono minare la funzionalità operativa della stessa azienda. Tali preoccupazioni sono emerse anche in fase di scelta delle figure da individuare quali membri dell'Organismo di Vigilanza, scelta che poi è ricaduta su due membri esterni (avvocato penalista Presidente ed un consulente esperto in Compliance) e un membro interno (membro indipendente del CDA)."

È evidente che allo stato dell'arte il D.Lgs. 231/01 può risultare apparentemente insidioso ma deve essere tenuto in considerazione, perché la sua applicazione fa in modo che l'impresa si tuteli e si metta al riparo da sanzioni non solo pecuniarie ma soprattutto interdittive che

possono diventare anche molto pesanti, in caso di reato.

6. - Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, pur riconoscendosi delle rigidità insite nella normativa in materia di Responsabilità amministrativa degli Enti, si rileva che sin dall'introduzione della stessa norma ma soprattutto con le ultime integrazioni, si è messo sempre più in evidenza la necessità di un'efficiente organizzazione d'impresa e della gestione consapevole dei rischi operativi. L'adeguamento a questa normativa, soprattutto nel momento in cui si privilegia un approccio più virtuoso possibile, costituisce lo strumento e l'opportunità per assicurare tali risultati.

7. - Riferimenti bibliografici

- Linee Guida Confindustria per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo - aggiornamento Marzo 2014.
- I parametri di progettazione organizzativa - Prof Francesco Maria Spano - Rivista 231.
- Rating di Legalità - Circolare di Confindustria del 13 gennaio 2013.

UNINDUSTRIA SERVIZI & FORMAZIONE TREVISO PORDENONE
Piazza delle Istituzioni, 12 - 31100 Treviso
Tel. 0422 916400 | Fax 0422 916411
E-mail: unisef@unindustriatv.it

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI TREVISO
Via Roma, 20 - 31100 Treviso
Tel. 0422.579628 | Fax 0422.583362