



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
DI MILANO

RIVISTA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

ANNO LV
2004

*Rivista pubblicata con il patrocinio
del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti
e con la collaborazione editoriale della Fondazione Aristeia*



GIUFFRÈ EDITORE - MILANO

CORPORATE GOVERNANCE

a cura di STEFANO FORTUNATO e MARCO REBOA

L'IMPLEMENTAZIONE DEI MODELLI ORGANIZZATIVI E DI GESTIONE EX D.LGS. N. 231/2001

di STEFANO FORTUNATO e MARCO REBOA

Introduzione.

I modelli organizzativi e di gestione redatti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 (recante la « Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ») sono volti ad esonerare le società dalla responsabilità per i reati commessi da soggetti che ricoprono « posizione apicale », sempreché sia dimostrabile l'idoneità di tali modelli a prevenire i reati di cui trattasi ⁽¹⁾. Peraltro, nella recente prassi che si è formata a seguito dell'introduzione del citato Decreto, i modelli sono frequentemente rappresentati da documenti di natura dispositiva/previsionale (nel gergo consulenziale, modelli « a tendere », ovvero modelli « *to be* » in luogo di « *modelli as is* ») e con contenuto essenzialmente formale/giuridico. Muovendo da tale osservazione è facile comprendere come la loro funzione strumentale di prevenire la commissione dei reati previsti dal Decreto non possa dirsi veramente realizzata senza la definizione e l'implementazione, a monte, dei meccanismi operativi e delle procedure che sono indispensabili per l'effettiva attuazione dei modelli e, in ultima analisi, per dimostrare la loro reale efficacia anche in un contraddittorio giudiziario ⁽²⁾. Se questi obiettivi non sono raggiunti, l'adozione di modelli meramente « formali » del genere sopra descritto sarebbe di per sé priva di valenza probato-

⁽¹⁾ Per un primo approfondimento del d.lgs. n. 231/2001 si rinvia, fra tutti, alla *Rubrica Giurisprudenza Penale d'Impresa*, in questa *Rivista* n. 4/2004.

⁽²⁾ Così la Relazione allo schema di d.lgs.: « Requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga anche efficacemente attuato: l'effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante ed irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità ».

ria in favore delle società, anzi, potenzialmente, auto-accusatoria.

Nel prosieguo viene proposta una prima sommaria rappresentazione delle principali componenti che qualificano i modelli organizzativi — gestionali, derivabili dal testo normativo e dalle Federal Sentencing Guidelines statunitensi cui si è ispirato il legislatore italiano, ordinate secondo il livello gerarchico indicato nella figura che segue.

FIG. 1. *Componenti dei modelli organizzativi.*



Va da sé che si tratterà di un primo, generale, approccio al tema, suscettibile di affinamenti ed integrazioni, che saranno tanto più efficaci ai fini che qui rilevano quanto più ⁽³⁾:

⁽³⁾ Così P. DESIO, *Deputy General Counsel, United States Sentencing Commission*, in *An overview of the United States Sentencing Commission and Federal Sentencing Guidelines*: « The requirements for an effective program as defined by the guidelines are functional ones: it does not matter whether a program is called compliance or ethics program or some other designation appropriate to the organization, as long as the organization can demonstrate that it incorporated and fulfilled the following requirements within its operational structure: Standards and procedures to prevent and detect criminal conduct. Responsibility at all levels and adequate resources and authority for the program. Personnel screening related to program goals. Training at all levels. Auditing, monitoring and evaluating program ef-

— le problematiche di controllo saranno esaminate ed affrontate dalle imprese in modo adeguato alle politiche aziendali di « *risk management* », in cui gli aspetti di « *compliance* » si devono caratterizzare per la loro effettiva rilevanza, con una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali, e non esclusivamente giuridico-formale;

— ogni ulteriore controllo, organizzativo e gestionale, sarà integrato nel quadro dei già esistenti sistemi di controllo interno e di « *corporate governance* », così da scongiurare il rischio che essi siano trattati, internamente ed esternamente, quali adempimenti di natura solo burocratica e, come tali, inefficaci nell'ottica di una effettiva prevenzione delle irregolarità prevista dal contesto legislativo.

Ciò premesso, si passano ora in rassegna gli otto componenti sopra rappresentati.

Governo.

L'obiettivo dei meccanismi di governo è quello di assicurare una chiara attribuzione di competenze a tutte le funzioni che sono chiamate a contribuire al mantenimento ed all'efficacia dei modelli organizzativi e di gestione. Gli organi aziendali interessati a questa attribuzione sono principalmente il Consiglio di Amministrazione, il Collegio Sindacale, il Comitato per il Controllo Interno, l'Amministratore Delegato, il servizio legale interno, la funzione Organizzazione/Risorse Umane ed il management operativo. Gli strumenti a disposizione sono di varia natura ed a titolo esemplificativo si ricordano tra di essi:

- lo Statuto;
- le delibere del Consiglio di Amministrazione;
- le procure, gli organigrammi, le deleghe ed i poteri autorizzativi interni;
- i mansionari (« *job description* »).

fectiveness. Non retaliatory internal reporting system. Incentives and discipline to promote compliance. Reasonable steps to respond to and prevent further similar offences upon detection of a violation ». (...) « Flexibility and independence by organization in designing programs that are best suited to their particular circumstances is encouraged ».

Tramite questi strumenti devono pertanto essere definite formalmente le responsabilità di chi deve:

- approvare il modello organizzativo e di gestione, anche ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 231/2001;
- sovrintendere, in veste di Organismo di Vigilanza, alla funzionalità ed al rispetto del modello organizzativo e di gestione;
- definire le deleghe ed i criteri di sub-delega di poteri interni e di rappresentanza;
- sviluppare procedure operative (c.d. protocolli) coerentemente con l'identificazione di attività « sensibili » (a rischio-reato) e di appositi indicatori di rischio (segnali premonitori);
- definire i presupposti giuridici delle procedure operative e dei modelli organizzativi e di gestione, risolvere le questioni di diritto, monitorare la produzione e l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale;
- assicurare l'applicazione delle procedure operative all'interno delle funzioni o processi aziendali;
- svolgere controlli indipendenti sull'applicazione delle procedure operative ed investigazioni nel merito di operazioni anomale;
- assicurare criteri di selezione, formazione, valutazione e dismissione delle risorse umane coerenti.

Codice di condotta e procedura operative.

Il ruolo delle procedure operative è quello di assicurare che le attività e le operazioni aziendali siano svolte secondo standard di comportamento statuiti (quali ad esempio codici di condotta e/o codici etici, « statement of business policies », ecc.) e non in contrasto con norme di legge o deontologiche. Gli organi interessati alla formulazione di procedure operative coerenti con i codici di condotta sono principalmente il Comitato per il Controllo Interno, il Consiglio di Amministrazione, l'Amministratore Delegato, il servizio legale interno, la funzione Organizzazione/Risorse Umane. Gli strumenti a disposizione sono di varia natura e di seguito si ricordano:

- il codice di condotta;
- i manuali e le procedure operative; tra di essi va menzionato il regolamento del costituendo Organismo di Vigilanza;
- i sistemi informativi.

Questi strumenti devono assicurare tra l'altro:

— la coerenza tra il codice di condotta e le procedure operative (ad es. si pensi alle modalità di accertamento, segnalazione, comunicazione o denuncia delle violazioni, modalità di accettazione e di protezione della confidenzialità delle denunce interne, tutela dei dipendenti denuncianti, ecc.) e tra queste e le attività di « *risk assessment* » (identificazione delle operazioni ed attività « sensibili » a rischio-reato);

— la regolamentazione delle attività « sensibili », quanto meno nelle fasi di valutazione economica, approvazione interna, impegno esterno e pagamento/incasso;

— l'identificazione di segnali premonitori di anomalie ed irregolarità;

— l'aggiornamento del codice di condotta e delle procedure operative a seguito del periodico aggiornamento di « *risk assessment* »;

— il supporto dei responsabili dei processi aziendali nella definizione delle aree di rischio e dei segnali premonitori di potenziali irregolarità o possibili casi di transazione o comportamenti anomali.

Comunicazione.

Il ruolo dei sistemi di comunicazione è quello di assicurare un'appropriata comunicazione dei codici di condotta, delle procedure operative e dei modelli organizzativi e di gestione per la loro applicazione, come è ovvio, ma anche al fine di utilizzare la reputazione di integrità societaria (che detiene od a cui aspira l'impresa) sia a fini dissuasivi/preventivi, in ambito operativo, sia persuasivi, in ambito giudiziario. Ciò pertanto è rivolto tanto nei confronti delle controparti private (dipendenti, dirigenti, distributori, rappresentanti, altri partner commerciali, ecc.) quanto di quelle istituzionali (funzionari di Amministrazioni Pubbliche, Autorità Giudiziaria inquirente e giudicante, ecc.).

Gli organi interessati alla definizione dei sistemi di comunicazione sono principalmente l'Amministratore Delegato, i responsabili delle funzioni di Organizzazione/Risorse Umane, Information Technology e Comunicazione (interna ed esterna). Gli strumenti a disposizione sono, tra gli altri:

— i normali mezzi di comunicazione aziendale (es. disposizioni organizzative, circolari, pagine web, bacheche aziendali, ecc.);

- i programmi di formazione;
- le newsletter ed i giornali aziendali;
- le relazioni destinate al pubblico (es. « *annual report* », « bilancio sociale », ecc.).

Questi strumenti devono essere progettati per diffondere all'interno (dirigenti, dipendenti) ed all'esterno dell'organizzazione (es. controparti commerciali, istituzioni pubbliche, ecc.) i presupposti etici e legali dell'assetto organizzativo e di controllo, le modalità di identificazione delle operazioni o aree « sensibili », i principi di comportamento in tema di segnalazione interna e denuncia all'Autorità Giudiziaria di sospette irregolarità, di tutela aziendale e personale, ed infine, *last but not least*, le procedure operative in vigore.

Dato l'ampio spettro di contenuti della comunicazione (che può variare dalla « brochure » sintetica al corposo manuale di procedure operative) questa dovrà venire differenziata per destinatario e scopo in base a:

- l'efficacia del mezzo di comunicazione prescelto (con o senza accettazione esplicita, con o senza feed-back, ecc.);
- il contenuto, generale o più specifico per area/funzione;
- le regolarità e frequenza;
- il linguaggio utilizzato, comune o tecnico;
- la facilità di utilizzo dello strumento di comunicazione utilizzato;

Formazione.

Il ruolo dei sistemi di formazione è quello di assicurare, attraverso i programmi di formazione professionali impiegati dall'azienda, un'appropriata conoscenza, comprensione ed applicazione dei modelli organizzativi e di gestione da parte dei dipendenti e dei dirigenti.

Gli organi interessati alla definizione dei programmi di formazione sono principalmente l'Amministratore Delegato ed i responsabili della funzione Organizzazione/Risorse Umane. Essi si possono distinguere in programmi di ⁽⁴⁾:

(4) G. CAPECCHI in *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anti-corruzione*, a cura di G. SACERDOTI, Egea: « Sebbene infatti il Decreto non ne faccia

— formazione generale, cioè rivolti a tutti i dipendenti, con contenuti di carattere etico-comportamentale, tipicamente rivolti alla comprensione dei lineamenti del codice di condotta, delle caratteristiche dei principali aspetti del modello organizzativo e delle aspettative della direzione aziendale in relazione alle questioni etiche, della tutela dei dipendenti, del sistema sanzionatorio, delle modalità di comunicazione di casi sospetti, ecc.;

— formazione specifica, cioè rivolta ai dipendenti che operano in aree di rischio-reato; in tale caso il contenuto e la frequenza di aggiornamento dei programmi di formazione dipendono dagli specifici rischi di irregolarità e dalle procedure operative, con lo scopo di chiarire in dettaglio le criticità, i segnali premonitori di anomalie o di irregolarità e le azioni correttive da implementare per le operazioni anomale o a rischio;

— formazione direzionale, cioè rivolta all'Organismo di Vigilanza ed ai preposti al controllo interno, avente contenuto e frequenza dipendenti dalle modifiche nei profili di rischio (ad esempio, nuovi prodotti/mercati, modifiche nella legislazione, riorganizzazioni, ecc.).

Gli strumenti a disposizione, che possono avere un effetto sull'efficacia dei relativi programmi, sono di seguito commentati:

— contenuto dei programmi di formazione generale e di formazione specifica per area di rischio;

— frequenza ed obbligatorietà di partecipazione, anche in caso di elevato *turn-over* del personale o di stagioni di picco dei carichi di lavoro;

— controlli di frequenza e di qualità del contenuto dei programmi, attraverso valutazioni ed auto valutazioni, test e dilemmi etici, survey interne, ecc.

Risorse Umane.

Il ruolo della gestione delle risorse umane è quello di assicu-

espressa menzione, un modello efficiente dovrà prevedere obblighi di formazione nei confronti del personale: ora, laddove si richiedesse di formare *tutti* i soggetti destinatari circa *ogni* astratto reato in cui l'ente potrebbe essere coinvolto in relazione a *tutte* le distinte attività che esso svolge, ciò porterebbe, oltre ad un ingiustificato spreco di risorse, a un generico, e dunque assai pericoloso, livello di formazione. I soggetti cui il modello è rivolto andranno invece istruiti, a nostro avviso, in relazione alle *specifiche funzioni* da essi svolte all'interno dell'ente ».

rare l'effettiva applicazione dei modelli organizzativi nei rapporti tra impresa e dipendenti⁽⁵⁾. Gli organi interessati alla definizione dei meccanismi di gestione delle risorse umane sono principalmente l'Amministratore Delegato ed i responsabili della funzione. Gli strumenti a disposizione sono le procedure ed i criteri di:

— selezione del personale, per assicurare che la selezione (o le dimissioni) del personale avvengono utilizzando le informazioni disponibili in merito alla presenza di eventuali elementi di rischio-reato (es. reputazione di precedenti datori di lavoro o di mercati o settori merceologici, analisi delle referenze, interviste di valutazione, debriefing di alto livello per le dimissioni "anomale", ecc.);

— valutazione delle performance e delle relative problematiche di MBO, per fare sì che l'adesione ed il contributo allo sviluppo del modello organizzativo siano considerati positivamente, come, ad esempio, nel caso di bonus legati alla riduzione degli errori, alla segnalazione di anomalie o di miglioramenti delle procedure di controllo o di modifiche al profilo dei rischi, al miglioramento dell'ambiente di lavoro, alla diffusione di una cultura etica nella definizione degli obiettivi economici (come nel caso dell'MBO);

— sanzioni e provvedimenti disciplinari, per assicurare che il mancato rispetto delle procedure e del codice di condotta o il mancato contributo positivo al loro sviluppo siano sanzionati in modo proporzionale alla gravità delle deviazioni, anche con riferimento agli eventuali obblighi di direzione, di vigilanza, di informativa, di comunicazione, di segnalazione, di formazione;

— segnalazioni e denunce all'Autorità Giudiziaria, per assicurare efficacia alla prevenzione di casi sospetti ed alla risoluzione del rapporto di lavoro a tutela della posizione legale dell'impresa e dell'ambiente di lavoro.

⁽⁵⁾ Jack Welch, già CEO di General Electric, così citato da A. CADBURY in *Corporate Governance and Chairmanship — A personal view*: «GE managers are judged on two things, whether they can "make the numbers" — do the technical side of their jobs — and whether they "live" the company's values. Managers who don't make the numbers or live the values are out. Those who live the values but don't make the numbers are given chances to improve. Those who make the numbers and don't live the values are the worst: these are the people that too many companies keep, because they kiss the boss's ass (*sic*). Unless you get these people out, you get your values wrong». Il messaggio di GE non può essere più chiaro ed esplicito di così.

Controllo.

Il ruolo dei sistemi di controllo e di monitoraggio del funzionamento e dell'aggiornamento dei modelli organizzativi e di gestione è quello di fornire evidenza circa il rispetto del codice di condotta e delle procedure operative e circa la loro adeguatezza rispetto alle mutate circostanze. Gli organi interessati sono principalmente il Comitato per il Controllo Interno, l'Organismo di Vigilanza, l'Amministratore Delegato ed i responsabili delle funzioni Internal Auditing e Security. Gli strumenti a disposizione consistono nelle attività di:

— *risk assesement*, intendendosi con ciò adeguate e sistematiche procedure di ricerca, identificazione e rivalutazione periodica dei rischi di irregolarità quando sussistono circostanze particolari, quali, ad esempio, elevato *turn-over* del personale, recenti evoluzioni legislative, precedenti violazioni, recenti modifiche alle procedure, acquisizioni di rami d'azienda, ecc.;

— controlli mirati, cioè l'esistenza di un sistematico approfondimento dei segnali premonitori di irregolarità, o la segnalazione di un caso sospetto, anche presso controparti terze contrattualmente impegnate;

— controlli di routine od a sorpresa, che si sostanziano in un programma di controlli periodici presso le funzioni ed i processi aziendali « sensibili », al fine di accertare la conformità delle attività alle procedure stabilite e lo sviluppo di adeguate procedure operative delegate, anche presso controparti terze contrattualmente impegnate;

— controllo del modello organizzativo nel suo complesso (in tutti i suoi otto componenti), cioè un programma di rivisitazione e di controllo periodico dei risultati del modello da parte dell'Organismo di Vigilanza, nonché da parte del Consiglio di Amministrazione.

Informazione.

Il ruolo dei sistemi di informazione è quello di rendere disponibili, in tempi adatti, tutte quelle informazioni, di varia natura, necessarie per la vigilanza attiva e per la prevenzione dei reati da parte dei responsabili di processo/funzione e da parte dell'Organismo di Vigilanza. Gli organi interessati sono principalmente il Co-

mitato per il Controllo Interno, l'Organismo di Vigilanza, l'Amministratore Delegato ed i responsabili della funzione Internal Auditing e Security. Gli strumenti a disposizione sono diretti ad accumulare, su un supporto idoneo, la conoscenza degli "eventi organizzativi" rilevanti per la prevenzione dei reati, per la valutazione di adeguatezza del modello nel suo complesso e per l'attivazione di indagini mirate, attraverso:

- procedure di registrazione tempestiva di alcune tipologie di eventi, quali, ad esempio, segnalazioni di anomalie (segnali premonitori di rischio-reato, come, ad esempio, transazioni o pagamenti anomali, denunce interne, ecc.) o di violazioni, risultati delle attività di controllo, da chiunque svolte, accessi da parte di pubbliche amministrazioni per ispezioni od altro, singole transazioni significative per importo, operazioni con parti correlate, richieste di chiarimento o reclami, segnalazione di problemi applicativi delle procedure, ecc.;

- procedure di tutela della confidenzialità delle informazioni registrate e di protezione della identità dei dipendenti che hanno segnalato un caso sospetto, nel rispetto delle normative applicabili;

- procedure di reporting istituzionale all'Organismo di Vigilanza e/o al Consiglio di Amministrazione e di denuncia all'Autorità Giudiziaria.

Violazioni.

Il ruolo dei sistemi di gestione dei casi di violazione è quello di assicurare l'investigazione ed il trattamento dei casi di violazione, presunta od accertata, secondo criteri di competenza, indipendenza e riservatezza. Gli organi interessati sono principalmente il Comitato per il Controllo Interno, l'Organismo di Vigilanza, l'Amministratore Delegato ed i responsabili delle funzioni Internal Auditing e Security. Gli strumenti a disposizione sono diretti ad assicurare la valenza probatoria delle circostanze precedenti e successive ad un caso di violazione attraverso:

- principi e procedure di investigazione interna ed esterna dei casi sospetti, per il trattamento delle evidenze raccolte, per la qualità dell'analisi e dell'interpretazione dei risultati, eventualmente da sottoporre all'Autorità Giudiziaria. Una inadeguata capacità investigativa interna, ad esempio, genera effetti negativi diretti sulla idoneità del modello a prevenire le irregolarità, nonché

sul rischio che esistano irregolarità non rilevate dalle investigazioni e dai controlli interni condotti;

— principi e procedure di gestione delle situazioni di crisi nel caso di una grave irregolarità e/o di coinvolgimento dell'impresa in ispezioni esterne, sia per quanto attiene la gestione dei rapporti (con le autorità investigative, la magistratura, i consulenti legali, gli organi di controllo interno ed esterno, gli azionisti, i finanziatori, la stampa ed il pubblico), sia per quanto attiene le attività interne (protezione delle evidenze, accertamento dei fatti, valutazione degli impatti di scenario; ecc.);

— valutazione o de-briefing delle violazioni, in particolare, le procedure di valutazione seguite nella definizione degli aggiornamenti al modello organizzativo effettuati in seguito alle violazioni riscontrate.