

# Il Modello ex D.Lgs. 231/2001: novità in vista?

di Alberto Pesenato (\*), Susanna Barbacovi (\*\*), e Fabiana Widesott (\*\*\*)

La predisposizione del Modello può ormai fare riferimento a concreti orientamenti professionali ed autorevoli sentenze; resta da chiarire quali indicazioni fornirà il legislatore in merito alle due proposte di legge ora decadute ma prevedibilmente riproponibili nella prossima legislatura.

## La costruzione del «Modello» e successivi monitoraggio ed aggiornamento da parte dell'OdV

La costruzione del MOGC è un processo complesso che richiede lo svolgimento di molteplici fasi tra loro interconnesse (1).

Gli stadi di elaborazione del MOGC e suo successivo aggiornamento si possono sintetizzare nel seguente schema (art. 6 1.b) riportato anche in Tavola 1:

- 1) conoscenza dell'attività Aziendale, della struttura organizzativa e relativa organizzazione interna;
- 2) conoscenza del Sistema di Controllo Interno (SCI);
- 3) individuazione delle attività e processi aziendali e loro studio;
- 4) analisi delle attività sensibili;
- 5) identificazione dei fattori di rischio reato;
- 6) mappatura delle aree a rischio reato;
- 7) valutazione del rischio di infrazione e del rischio reato;
- 8) definizione e redazione di adeguati «Specifici Protocolli» di protezione.

Il compito principale dell'ODV dopo il Suo insediamento è quello di aggiornare e completare la Parte Generale e pubblica del MOGC integrandola con appropriate Appendici (specifici protocolli) rivolti agli Stakeholders e parti terze in genere (2).

Il processo di gestione del rischio non è di tipo statico, ma deve tenere in considerazione i cambiamenti che si verificano all'interno dell'organizzazione aziendale, nel suo ambiente di riferimento e nel settore nel quale opera. Nuovi rischi possono, infatti, sorgere, così come vecchi rischi scomparire, rendendo inadeguate le tecniche di *risk manage-*

*ment* (3) introdotte in sede di definizione della mappatura dei processi a rischio reato. Dopo la prima costruzione del Modello tra i compiti specifici che la normativa attribuisce all'Organismo di Vigilanza figura quello di curare l'aggiornamento dello stesso, ossia fare in modo che si mantenga adeguato sotto il profilo della solidità e funzionalità e risponda in maniera sostanziale e concreta all'analisi e valutazione del rischio reato. Infine, sempre allo scopo di garantire efficacia all'attuazione del modello, è opportuno porre in essere un'attività di monitoraggio continuo circa il suo corretto funzionamento e sul rispetto degli standard di comportamento contenuti nel Codice Etico. La revisione periodica potrebbe consentire di scoprire eventuali errori di valutazione relativi alla definizione della criticità dei rischi, oppure all'adeguatezza o al tipo di strumenti utilizzati per la loro gestione prima che si manifestino eventi non previsti.

L'obiettivo dell'attività di monitoraggio, quindi, è garantire che il modello organizza-

### Note:

(\*) *Revisore legale, Consulente Area D. Lgs. 231/2001 (Presidente OdV: Karrell Srl - Trentino Trasporti Esercizio SpA - Far marenna S.C.a r.l.)*

(\*\*) *Legale in Trentino Trasporti Esercizio SpA*

(\*\*\*) *Controllo di Gestione in Trentino Trasporti Esercizio SpA*

(1) Si veda «Organismo di Vigilanza e Modello di organizzazione gestione e controllo ex D Lgs. n. 231/2001» Ipsod IV Edizione 2013 e contributi in [www.albertopesenato.net](http://www.albertopesenato.net).

(2) L'argomento sarà oggetto di un prossimo contributo

(3) Si vedano dello stesso autore: «Il risk management secondo il «Modello» ex D. Lgs. 231/2001» in *Amministrazione&Finanza* n. 1/2013 e «Il risk management secondo il «Modello» ex D. Lgs. 231/2001» in *Amministrazione&Finanza* n. 2/2013.

tivo sia costantemente aggiornato e adeguato rispetto alla specifica struttura organizzativa, ai mutamenti del contesto competitivo ed alle modifiche che dovessero essere apportate alla normativa di riferimento.

### Gli orientamenti giurisprudenziali

La sentenza del GIP del Tribunale di Milano depositata il 9 novembre 2004 consolida l'orientamento in base al quale le attività di *Risk Assessment* (4) (valutazione del rischio) e *Risk Management* (gestione del rischio) dovranno essere elaborate e integrate tra loro avendo riguardo all'attività ed alle caratteristiche dell'ente o azienda, al settore in cui opera, alla cultura aziendale presente all'interno dell'organizzazione, al sistema di controllo interno già esistente, alle aree e ai processi «sensibili», e così via.

La giurisprudenza in più casi ha evidenziato l'inadeguatezza del piatto recepimento di Linee Guida o di codici etici generali e astratti (5). Il requisito della specificità si estrinseca nella reale aderenza del modello alle peculiarità strutturali dell'ente o società che lo adotta; in relazione alla dinamicità, è assolutamente ovvio ritenere che la necessità di un costante aggiornamento del modello sia «parallela all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti» (6).

Sono qui riportate le «linee guida» indicate dalla sentenza:

**Tavola 1 - Stadi di elaborazione del MOGC**

Conoscenza dell'attività aziendale - della struttura organizzativa ed organizzazione interna
Conoscenza del Sistema di Controllo interno (SCI)
Individuazione dei processi aziendali e loro studio
Analisi delle attività sensibili
Identificazione dei fattori di rischio reato
Mappatura Aree a rischio reato
Valutazione del rischio di infrazione e del rischio reato
Definizione e redazione di adeguati "Specifici Protocolli" di protezione

1) il modello deve essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo;

2) il modello deve prevedere che i componenti dell'organismo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale;

3) il modello deve prevedere quale causa di ineleggibilità a componente dell'ODV la sentenza di condanna (o di patteggiamento) non irrevocabile;

4) il modello deve differenziare tra 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;

5) il modello deve prevedere il contenuto dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi;

6) il modello deve prevedere espressamente la comminazione di sanzione disciplinare 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;

7) il modello deve prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersione di precedenti violazioni, elevato turn-over del personale);

8) il modello deve prevedere controlli di routine e controlli a sorpresa - comunque periodici - nei confronti delle attività aziendali sensibili;

9) il modello deve prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati. In particolare, deve fornire concrete indicazioni sulle moda-

**Note:**

(4) Circolare GdF Vol. III pag. 76 riga 2 - Op. cit. Cap. 2.

(5) *Rivista italiana di diritto e procedure penale* - 2002 - 438

(6) Tribunale di Bari - ordinanza 18 aprile 2005 - Giudice dott. Giuseppe De Benedictis.

lità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organo di vigilanza;  
10) il modello deve contenere protocolli e procedure specifici e concreti.

### La metodologia adottabile «as is analysis» o analisi dell'esistente

Questa metodologia (7) in definitiva si configura come un'analisi dell'esistente vale a dire una stima delle misure già attuate dall'organizzazione per controllare i fattori di rischio già rilevati (fasi 1 - 2 - 3 - 4) e sulle azioni da compiere per impedire che il reato possa essere compiuto tramite l'applicazione di ulteriori specifici protocolli (fasi 5 - 6).

#### D.Lgs. n. 231/2001: analisi dell'esistente ed eventuale evoluzione

Nel corso del 2010 sono stati proposti due progetti legislativi ora decaduti e quindi si

riportano qui come eventuale orientamento per future proposte:

a) proposta di legge C-3640 sull'onere della prova ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente, in caso di commissione di reato da parte di soggetti che occupano una posizione apicale;

b) proposta AREL per il D.Lgs. n. 231/2001 che prevede:

- l'eliminazione dell'inversione dell'onere della prova nell'ipotesi di reato dell'apicale;
- definizione di ente di piccole dimensioni;
- certificazione del modello.

#### Proposta di legge C-3640

Per quanto riguarda l'onere della prova ai fini della responsabilità amministrativa del-

#### Nota:

(7) Op. cit. Cap. 2 Par. 2.9 Si veda anche di A. Pesenato, E. Pesenato, «Il risk management secondo il «Modello» ex D. Lgs. 231/2001», *Amministrazione&finanza* n. 1 e 2/2013.

Tavola 2 - Riepilogo metodologia as is analysis

	Fase	Descrizione	Strumenti (Op. Cit.) IV Edizione 2013
1	Check up aziendale	Conoscenza generale ed approfondita dell'azienda ed acquisizione relativa documentazione	Cap. 7 Dossier Permanente - Dossier Imposte - <i>Dossier Governance</i> - Check lists: 10 CoSO Report I :11.1 - 11.2 - 14.1 14.2 14.3 14.4 - 16, 17, 18. Dossier Unità Operative - 1 ( <i>Rischio Intrinseco</i> )
2	Valutazione SCI	Analisi del Sistema del di Controllo Interno (SCI) esistente	Cap. 8 Unità Operative - ICQ da 2 a 25 ( <i>Rischio di Controllo</i> )
3	Identificazione attività e processi	Analisi delle procedure nel dettaglio	Cap. 8 Tav. 8.2 Walk Through Determinazione Livello ( <i>Rischio</i> ) di Identificazione
4	Individuazione fattori di rischio	Individuazione dei punti di forza e dei punti di debolezza da monitorare	Cap. 7 (Reati di "Bilancio"): Determinazione del <i>Rischio di Infrazione</i> . (Tav. 7.5) Verifiche di conformità alle procedure rilevate (da mettere in comune con Matrici dei rischi Tav. 2.5 - Par. 7.2.4)
5	Mappatura aree sensibili e processi a rischio	Determinazione dei reati possibili e probabili	Cap. 7 par. 7.6 Dossier Governance; ckeck lists Reati :12.1 - 12.2 - 12.3-12.4 - 12.5 - 12.6 - 12.7 - 12.8 - 12.9 - 12.10 - 12.11 - 12.12 - 12.13 . <i>Matrici dei Rischi</i> ; Da utilizzare per Reati con manifestazione contabile e non ( <i>Reati di Bilancio e Fuori Bilancio</i> ) Tav. 2.5
6	Valutazione rischio reato	Analisi del rischio di commissione di uno dei reati presupposto	Classificazione finale del rischio Tav. 2.6

l'ente, in caso di commissione di reato da parte di soggetti che occupano una posizione apicale si passa dalla presunzione di colpevolezza dell'ente alla presunzione di innocenza spostando, in capo alla pubblica accusa, l'onere di dimostrare l'inefficacia dei modelli organizzativi e di gestione adottati per prevenire il reato verificatosi.

Tale spostamento dell'onere della prova è contenuto nell'art. 1 della proposta di legge C-3640, assegnata il 29 luglio 2010 alla commissione Giustizia di Montecitorio, che va a modificare l'art. 6 del D Lgs. n. 231/2001.

Nella formulazione oggi in vigore, infatti, la responsabilità amministrativa dell'ente nei casi in questione è, secondo la formulazione vigente dell'art. 6 sopra richiamato, presunta a meno che l'ente non provi che :

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

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

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Nella proposta C-3640, invece, ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente sarà la pubblica accusa a dover dimostrare che:

a) l'organo dirigente non ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

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

c) l'organismo di vigilanza di cui alla lettera b), nell'ambito degli enti di interesse pubblico economico di cui all'art. 16 del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39:

– deve essere nominato dall'assemblea dei soci a maggioranza semplice;

– deve avere natura collegiale;

– almeno un membro dell'organismo di vigilanza deve essere scelto tra soggetti esterni all'ente e dotati delle stesse caratteristiche di indipendenza di cui all'art. 2399 del codice civile;

d) in tutte le società o enti in cui è nominato un organismo di vigilanza ai sensi della lettera b):

– deve essere data apposita comunicazione della nomina dell'organismo di vigilanza al registro delle imprese entro trenta giorni a cura degli amministratori;

– l'organismo di vigilanza deve riferire annualmente all'assemblea in merito al suo operato con apposita relazione da presentare in occasione dell'approvazione del bilancio;

e) le persone hanno commesso il reato non eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

f) vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza di cui alla lettera b).

Il disegno di legge, in attesa di iniziare il suo iter parlamentare, apporta anche altre modifiche al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e in particolare:

– l'obbligo di elezione da parte dell'assemblea dell'organismo di vigilanza negli enti di interesse pubblico;

– l'esclusione dell'applicazione indiscriminata delle sanzioni interdittive in via cautelare;

– l'inasprimento delle pene pecuniarie.

#### *Proposta AREL*

La responsabilità dell'ente è esclusa a tre condizioni:

– il modello sia regolarmente certificato, secondo le modalità definite dal Ministero di Giustizia;

– il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato;

– non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano resa manifesta la lacuna organizzativa causa del reato (che sembra ricordare il concetto di «elusione fraudolenta» introdotto nelle prime linee guida di Confindustria).

La certificazione del modello costituirebbe solo il primo dei requisiti perché possa essere esclusa la responsabilità dell'ente. Per quanto riguarda i due requisiti restanti l'azienda, dovrebbe dimostrare sia la coerenza

del modello attuato con quello certificato, sia l'elusione o forzatura fraudolenta del sistema organizzativo. Il Pubblico Ministero sarebbe tenuto a dimostrare sia l'incoerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito sia la colpa organizzativa dell'ente. Assonime e Confindustria hanno criticato questa proposta in quanto rilevano alcune perplessità. Una prima perplessità, in vero giustificata, è che si possa innescare un procedimento di indagine da parte del pubblico ministero che avrebbe, in luogo delle motivazioni di approfondimento indagatorio, una natura di ingiustificata e penetrante valutazione organizzativa nei confronti dell'impresa mossa con strumenti non propriamente adatti. In secondo luogo, in ordine al modello «auto valutativo» della riforma, è stato rilevato da parte di Assonime il timore che si vengano a costituire strutture private, in seno agli enti preposti al rilascio delle certificazioni, in grado di produrre effetti impropriamente in-

vasivi nell'organizzazione interna e nei processi del Sistema di Controllo Interno (SCI) e su procedimenti giudiziari di tipo penale. Ma come detto entrambe le proposte di legge sono decadute con lo scioglimento di Camera e Senato e quindi tutto è lasciato alla discrezionalità del singolo magistrato (8).

**Nota:**

(8) Vedasi Tribunale di Milano, sez. IV, 4 febbraio 2013, n. 13976 e Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli (26 giugno 2007: «Ordinanza Impreglio»), resa nell'ambito di un incidente cautelare: in entrambi i casi il Giudice parla di persona giuridica «ispiratrice e complice».

Caso IVRI Giudice per le indagini preliminari, Tribunale di Milano, 20 settembre 2004. O meglio Giudice dell'udienza preliminare, Tribunale di Milano 17 novembre 2009. Dal quale scaturisce il famigerato circolo vizioso «*Se un reato è stato commesso, il Modello non ha funzionato e, di conseguenza, l'esenzione dalla responsabilità va negata*» (Ndr).

**LIBRI****Il professionista e il D.Lgs. 231/2001****Il modello esimente tra strumenti operativi e corporate governance**

a cura di Annalisa De Vivo

II Edizione, Ipsoa Editore, 2012, pagg. 352, € 29,00



L'opera analizza le numerose novità intervenute nella disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, contenuta nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. L'introduzione dei reati ambientali, le modifiche inerenti all'organo di vigilanza, le pronunce giurisprudenziali hanno ampliato la platea dei destinatari del decreto: muovendo dalla disamina dell'ambito applicativo del decreto, dei soggetti coinvolti, degli illeciti rilevanti e del sistema sanzionatorio, il testo giunge all'analisi dei mezzi di prevenzione idonei ad evitare l'insorgere stesso dei reati.

Attraverso la descrizione delle procedure per la realizzazione dei modelli e l'analisi del funzionamento dell'organo di vigilanza, nel volume si evidenzia la centralità del ruolo del professionista economico-giuridico, le cui competenze risultano

indispensabili al soggetto che intenda implementare il proprio sistema di *compliance* aziendale in modo corretto ed efficiente.

Completano l'opera alcuni strumenti tecnici – valutazione del sistema di controllo interno, mappe dei rischi, *check lists*, questionari, interviste, *flow chart*, codice etico, sistema disciplinare, regolamento dell'organismo di vigilanza – utili ai fini dello svolgimento dell'attività di consulenza nei confronti dell'impresa che voglia adottare il “modello 231”.

**Per ulteriori informazioni o per l'acquisto:**

- **Servizio Informazioni Commerciali Ipsoa**  
Tel. 02.82476794 - fax 02.82476403
- **Agenzie Ipsoa di zona**  
([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **[www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)**