

assonime

Associazione fra le società
Italiane per azioni

Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001

Roma, Maggio 2008

Indice

Introduzione	1
--------------------	---

Parte I

1. La disciplina del decreto 231 nel sistema dei controlli societari.	2
2. Riferimenti normativi	3
3. Rassegna di giurisprudenza	4

Parte II

1. Il campione esaminato	10
2. Informazioni generali	13
3. Modello organizzativo	16
4. Organismo di vigilanza	18
5. Gruppi di società	25
6. Formazione del personale	28
7. Sistema disciplinare	29
8. Aggiornamento dei modelli	31
9. Costi	32
10. Sintesi dei dati e conclusioni	35

Allegato

1. Questionario sui modelli organizzativi	42
---	----

Introduzione

L'Assonime ha promosso un'indagine sullo stato di attuazione del d. lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento una responsabilità autonoma delle persone giuridiche per i reati posti in essere, nel loro interesse o a loro vantaggio, da soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione e gestione all'interno dell'ente e dai loro sottoposti.

Il forte impatto prodotto da questa disciplina è dovuto all'ampiezza del catalogo dei reati dai quali deriva la responsabilità dell'ente e alle implicazioni che essa comporta sull'organizzazione delle persone giuridiche. Il fulcro della normativa è rappresentato dalla previsione di modelli organizzativi a scopo di esonero dalla responsabilità: ne deriva l'affermazione della centralità delle procedure nelle aree di rischio dell'attività d'impresa in funzione di controllo. L'idea di fondo è che ogni società deve darsi al suo interno un'organizzazione adeguata, funzionale alla prevenzione del rischio di reato.

Con l'indagine svolta, l'Assonime si è posta l'obiettivo di monitorare alcuni profili dell'applicazione delle prescrizioni del d. lgs. n. 231 del 2001, a qualche anno dalla sua entrata in vigore, al fine di esaminare le soluzioni individuate nella prassi e di valutare, anche alla luce della giurisprudenza, l'efficacia del nuovo sistema di

responsabilità e le criticità della disciplina.

A premessa dell'indagine, nella prima parte del presente documento, vengono richiamate le fonti della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti, in costante evoluzione, e una breve rassegna di giurisprudenza sulle prime applicazioni della legge.

Nella seconda parte di questo rapporto sono riportati i dati e gli elementi forniti dalle società intervistate in risposta al questionario, che delineano un orientamento significativo sui principali aspetti applicativi seguiti dalle imprese.

Il questionario è stato inviato ad un campione di società associate all'Assonime, in formato elettronico, sui principali temi della normativa. Le domande sono articolate in sette sezioni, a risposta libera o a scelta multipla, volte ad acquisire informazioni di carattere generale ed informazioni relative ai modelli adottati, all'organismo di vigilanza, al rapporto tra l'applicazione della normativa in esame e il fenomeno del gruppo di imprese, all'informativa specifica resa ai dipendenti, amministratori, sindaci e collaboratori, all'aggiornamento dei modelli organizzativi e ai costi sostenuti.

Aspetto importante dell'indagine è che essa ha coinvolto un numero elevato di società di capitali, 300, delle quali 131 hanno collaborato attivamente all'indagine compilando integralmente il questionario, le altre si sono limitate a fornire indicazioni circa l'adozione o meno del modello organizzativo.

Parte I

1. La disciplina del decreto 231 nel sistema dei controlli societari.

L'indagine sullo stato di attuazione della disciplina del decreto 231 rientra in un progetto più ampio di analisi dedicata al sistema dei controlli societari, dopo un decennio di interventi legislativi che hanno profondamente mutato il quadro delle regole sui controlli e sulla responsabilità d'impresa.

Le tappe della riforma della materia dei controlli partono dal Testo Unico sull'intermediazione finanziaria⁽¹⁾ (1998), con cui vengono rafforzati i requisiti d'indipendenza dei sindaci ed è imposta alle società quotate la predisposizione di un sistema di controllo interno. Con il decreto legislativo 231 del 2001 sono introdotti i modelli organizzativi di prevenzione dei reati con la istituzione di un organismo di vigilanza sui modelli. La riforma societaria (2003) ha, poi, innovato profondamente la materia: per i profili che qui interessano, si è delineata la nuova disciplina degli amministratori in cui sono differenziati i compiti e le responsabilità degli amministratori con deleghe e senza deleghe; si è affermata

la rilevanza di assetti organizzativi adeguati per un'efficiente gestione dell'impresa; il controllo contabile è stato attribuito ai revisori anche per le società non quotate⁽²⁾; sono stati introdotti modelli di governo societario alternativi al sistema tradizionale in cui il controllo sulla gestione è affidato a organi diversi dal collegio sindacale. Da ultimo, con la legge risparmio⁽³⁾ (2005) sono stati rafforzati i profili di professionalità, onorabilità e indipendenza di gestori e controllori e si è prevista la nuova figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili.

Una ricognizione dell'evoluzione normativa in tema di controlli deve altresì tener conto del ruolo importante svolto dall'Autodisciplina⁽⁴⁾ e degli influssi sulla normativa italiana della legislazione comunitaria e statunitense, in particolare del *Sarbanes-Oxley Act* (2002).

Il d. lgs. 231/01 ha rappresentato un momento legislativo importante in questo percorso normativo: l'introduzione di sistemi di monitoraggio dell'agire imprenditoriale e la valorizzazione dei flussi informativi all'interno dell'azienda, tra organi e uffici, hanno rivoluzionato un certo modo di pensare i controlli sull'attività d'impresa, attribuendo maggiore rilevanza all'efficienza dei controlli preventivi sulla gestione.

2 Per le società quotate il controllo contabile era già stato obbligatoriamente affidato alle società di revisione con la l. n. 216/1974.

3 Legge n. 262 del 28.12.2005, modificata successivamente dal d. lgs. n. 303 del 29.12.2006.

4 Il Codice di autodisciplina delle società quotate redatto nel 1999 è stato successivamente modificato nel 2002 e nel 2006.

1 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58

La disciplina 231 ha inciso in modo significativo sui comportamenti delle imprese, costrette a rivedere i propri processi organizzativi per individuare soluzioni efficienti per la gestione dei rischi. Con riferimento all'esperienza di questi primi anni di vigenza della legge 231 merita di essere segnalato il fatto che, nonostante l'adozione dei modelli organizzativi non sia obbligatoria e nonostante i costi elevati della *compliance*, la maggior parte delle società di capitali di media e grande dimensione ha scelto di adottare modelli organizzativi. Ciò ha portato un contributo significativo, soprattutto delle grandi società, al miglioramento della *governance*.

Tuttavia, l'espandersi del reticolo delle procedure interne e dei soggetti coinvolti nell'attività di controllo (collegio sindacale, revisori contabili, OdV, controllo interno, dirigente preposto ai controlli contabili, ecc.), che il quadro normativo attuale riflette, porta con sé il pericolo di una sovrapposizione di ruoli e di una frammentazione del controllo sulla gestione. Per questo, sembrerebbe opportuno avviare un'opera di razionalizzazione degli istituti emersi per successiva sedimentazione nel corso degli ultimi anni.

La progressiva estensione dell'applicazione della disciplina del decreto 231 conferma questo pericolo. Inoltre, l'eterogeneità dei reati di riferimento accresce il rischio di attribuire all'ente funzioni di controllo estranee a quelle tipiche di controllo dei rischi d'impresa.

La complessità della disciplina porta ad accentuare il ruolo del giudice penale, chiamato a valutare in concreto l'idoneità dei modelli organizzativi. Quest'attività di valutazione è delicata: infatti, dalla commissione del reato non si dovrebbe desumere

automaticamente la prova dell'inadeguatezza della struttura organizzativa dell'impresa.

Altro aspetto critico è quello della valutazione dei costi dei sistemi di controllo: occorre qui domandarsi se sia stato raggiunto un punto di equilibrio tra benefici attesi (esigenze di prevenzione, limitazione dei danni patrimoniali, efficienza gestionale) e costi per le imprese. Regole eccessivamente severe e misure organizzative costose non sempre risultano idonee a impedire gli abusi, anzi, possono incidere negativamente sull'efficienza e la redditività del *business*.

In questa prospettiva, con l'indagine svolta, l'Assonime si è posta l'obiettivo sia di valutare lo stato di attuazione della disciplina, sia di formulare eventuali proposte per una razionalizzazione e semplificazione delle funzioni di controllo interno delle aziende e per ricondurre a sistema coerente la molteplicità dei controlli.

2. Riferimenti normativi

Nella sua formulazione originaria, il d. lgs. n. 231/2001 prevedeva la responsabilità per gli enti in caso di commissione dei reati di: indebita percezione di erogazioni; truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico; concussione e corruzione.

La disciplina è stata successivamente estesa ai seguenti reati:

- a) falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo (art 6, dl. n. 350 del 2001);
- b) reati societari (art. 3, d. lgs. n. 61 del 2002);
- c) delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 3, l. n.7 del 2003);
- d) delitti contro la personalità individuale (art. 5, l. n. 228 del 2003);
- e) abusi di mercato (art. 9, comma 3, l. n. 62 del 2005);
- f) omessa comunicazione del conflitto di interessi (art. 31 comma 2, l. n. 262 del 2005);
- g) pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 8, l. n. 7 del 2006);
- h) sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet (art. 10, l. n. 38 del 2006);
- i) crimine organizzato transnazionale (l. n. 146 del 2006 di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001);
- j) omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 9, l. n. 123 del 2007⁵);
- k) ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 63, comma 3, del d. lgs. n. 231 del 2007);

- l) *cyber* reati (l. n. 48 del 2008 di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, adottata a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno, approvato definitivamente il 27 febbraio 2008).

3. Rassegna di giurisprudenza

A un decennio dall'entrata in vigore del d. lgs. 231 del 2001 il quadro giurisprudenziale di riferimento non è ancora così ampio da consentire l'elaborazione di linee interpretative sui singoli profili della disciplina. La giurisprudenza sulla materia è rappresentata essenzialmente da ordinanze cautelari e sono poche le sentenze di merito e di legittimità.

Una breve rassegna dei provvedimenti giudiziari più significativi in tema di d. lgs. 231 del 2001 è tuttavia utile, in raffronto con le indicazioni sull'attuazione della disciplina che emergono dai questionari, per valutare l'utilità delle scelte effettuate dalle società e le criticità che possono emergere in sede di valutazione giudiziaria.

Sono di seguito riportati alcuni principi che hanno trovato applicazione nelle decisioni fino ad oggi adottate.

Natura della responsabilità dell'ente.

Una delle questioni più dibattute della disciplina è quella dell'esatta

⁵ Recentemente modificato dall'art. 300 del d. lgs 81/08 (Testo unico sulla sicurezza sul lavoro, in vigore dal 15 maggio 2008).

qualificazione giuridica della responsabilità dell'ente. Per il Tribunale di Milano (Trib. Milano, 31 luglio 2007) deve riconoscersi natura schiettamente amministrativa alla responsabilità dell'ente. Nell'escludere l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, la Corte definisce amministrativa non solo la responsabilità, ma anche gli illeciti cui essa consegue e le sanzioni comminabili. Alla medesima conclusione era pervenuto lo stesso Tribunale in una precedente sentenza (Trib. Milano, 11 dicembre 2006), dove si affermava che occorre attribuire significativa importanza alla nozione di "dipendenza da reato" formulata dall'art. 1 del decreto. Il criterio della "dipendenza da reato" vale, secondo il Tribunale, a legare la responsabilità degli enti al presupposto della responsabilità penale dei soggetti e a qualificare come amministrativa la responsabilità che sorge in capo alla persona giuridica per il reato posto in essere dalla persona fisica.

Un diverso orientamento attribuisce invece natura sostanzialmente penale alla responsabilità dell'ente. Secondo il Consiglio di Stato (parere Sez. III, 11 gennaio 2005), questa forma di responsabilità, pur se definita come "amministrativa" già nel decreto, è connessa alla commissione di un reato e viene applicata nell'ambito di un processo penale. Più incisivamente, la Corte di Cassazione (Cass. Pen., sent. n. 3615/05) ha affermato che la responsabilità, solo nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale, al fine di evitare conflitti di natura costituzionale con il principio personalistico dell'imputazione penale (art. 27 Cost.).

Applicazione a soggetti stranieri.

L'art. 1 del d. lgs. 231 del 2001 esclude espressamente dall'ambito

di applicazione della norma lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. La norma non fa invece riferimento agli enti non aventi sede in Italia. Sulla base di tale considerazione, un'ordinanza del Gip del Tribunale di Milano (ord. 13 giugno 2007) afferma la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano in relazione ai reati commessi da enti esteri in Italia. Tale principio si ricava dal complesso del sistema normativo del d. lgs. 231 del 2001, per il quale la competenza per l'illecito amministrativo si radica nel luogo di commissione del reato presupposto. Pertanto, nel momento in cui l'ente estero decide di operare in Italia deve attivarsi e uniformarsi alle previsioni normative italiane. Ragionando diversamente, l'ente si attribuirebbe una sorta di auto esenzione dalla normativa italiana in contrasto col principio di territorialità della legge. A conclusioni analoghe era pervenuto in precedenza altro Gip dello stesso Tribunale (ord. 27 aprile 2004), sul presupposto che il dovere di osservare la legge italiana, e quindi anche il d. lgs. 231 del 2001, sussiste a prescindere dall'esistenza nel paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia. Nel caso di specie il Gip ha applicato la misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione anche a una società straniera operante in Italia solo attraverso un'associazione temporanea di imprese.

Interesse o vantaggio dell'ente.

L'art. 5 del d. lgs. 231 del 2001 individua il presupposto oggettivo della responsabilità amministrativa dell'ente nella commissione di uno dei reati previsti dagli artt. 24 e ss., e il presupposto soggettivo nella qualifica rivestita dall'autore dell'illecito. Affinché possa sorgere responsabilità in capo all'ente è, altresì, necessario che la

condotta illecita sia finalizzata al conseguimento “dell’interesse o vantaggio” dell’ente.

Secondo la Corte di Cassazione (Cass. Pen., n. 3615/06) la formula “interesse o vantaggio” non deve essere intesa come un concetto unitario, potendosi distinguere un interesse a monte della società ad un guadagno prefigurato come possibile conseguenza dell’illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all’esito del reato. Nello stesso senso si era pronunciato il Tribunale di Milano (ord. 20 dicembre 2004), secondo il quale è sufficiente la sola finalizzazione della condotta criminosa al perseguimento di una data utilità, a prescindere dal fatto che questa sia effettivamente conseguita. A sostegno di tale interpretazione, il Tribunale richiama l’art. 12, comma 1, lett. a), secondo cui l’ente incorre in una sanzione ridotta se l’autore dell’illecito ha agito nel prevalente interesse proprio o di terzi e se l’ente ha conseguito un vantaggio minimo ovvero non ha conseguito alcun vantaggio.

L’interesse di gruppo.

Il Tribunale di Milano, nell’ordinanza richiamata (20 dicembre 2004), ha affermato che l’elemento caratterizzante l’interesse di gruppo sta nel fatto che questo non si configura come proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma come comune a tutti i soggetti che ne fanno parte. Per tale via si afferma che l’illecito commesso dalla controllata possa essere addebitato anche alla controllante, purché la persona fisica che ha commesso il reato appartenga anche funzionalmente alla stessa. Nel caso di specie, l’autore dell’illecito rivestiva la posizione apicale di amministratore della controllante. Di tale avviso è anche il Consiglio di Stato (parere Sez. III, 11 gennaio del 2005) secondo il quale la responsabilità di

altre società appartenenti al gruppo può ipotizzarsi solo quando sia dimostrato che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti hanno contribuito alla commissione del reato.

Autori dell’illecito: apicali e sottoposti.

In giurisprudenza, la questione della qualificazione soggettiva dell’autore del reato assume rilievo sotto il profilo della distribuzione dell’onere della prova al fine dell’esenzione da responsabilità.

L’art. 6 del decreto prevede che nell’ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, l’ente non risponde se prova, cumulativamente e non alternativamente: a) che l’organo dirigente abbia 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) che il compito di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza dei modelli e di curarne l’aggiornamento sia stato affidato ad un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) che i soggetti autori dell’illecito abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b). L’art. 7 prevede, invece, che nel caso di reato commesso dal sottoposto, l’ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall’inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza da parte dei soggetti in posizione apicale. In ogni caso, l’inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza è esclusa se l’ente, prima della commissione del fatto, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

L'esclusione della responsabilità dell'ente determinata dalla tempestiva adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello comportamentale è dunque considerata elemento di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente solo nell'ipotesi di reato commesso da dipendente; diversamente, quando il reato è posto in essere da un apicale, l'ente deve dimostrare anche che sia stata realizzata da parte dell'autore dell'illecito una condotta fraudolenta elusiva delle prescrizioni.

Secondo il Tribunale di Napoli (ord. 26 giugno 2007) il disposto normativo è chiaro nello stabilire che l'onere di provare la sussistenza delle condizioni indicate dall'art. 6, lett. a), b), c), d) è posto a carico dell'interessato ("l'ente non risponde se prova"). Viceversa, nell'ipotesi di reato commesso dal sottoposto, stando alla lettera della norma, sembra che l'onere della prova della mancata adozione e dell'inefficace attuazione dei modelli organizzativi gravi sull'accusa, non essendo riprodotta la locuzione "l'ente non risponde se prova". La chiarezza del testo normativo non esclude però, ad opinione del Tribunale, che la valutazione che il giudice deve compiere sul modello è identica in entrambe le fattispecie: sarà pertanto sempre interesse dell'ente – che al riguardo risulta essere dotato di maggiori poteri conoscitivi – dimostrare l'efficace attuazione del modello.

Il ragionamento del giudice di Napoli appare, però, condurre a una conclusione non in linea con il testo normativo, che aggrava al di là di quanto stabilito dal legislatore l'onere della prova a carico dell'ente.

Modelli organizzativi.

Il legislatore attribuisce al modello organizzativo di prevenzione dei

reati una funzione diversa secondo il momento in cui esso viene adottato: qualora sia stato adottato prima della commissione del reato, assolve a una funzione di esclusione della responsabilità dell'ente; qualora, invece, sia stato adottato dopo la commissione dell'illecito, svolge la funzione di riduzione della sanzione pecuniaria comminata. In quest'ultimo caso, inoltre, l'adozione del modello consente di non applicare sanzioni interdittive, nonché di sospendere le misure cautelari, se ricorrono le altre condizioni previste dall'art. 17. Ciò impone che, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente deve avere: *i)* risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero essersi comunque adoperato in tal senso; *ii)* eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato; *iii)* messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

E' opportuno sottolineare che, ad oggi, non sembra essere stata ancora emanata una sentenza di "assoluzione" dell'ente per aver adottato preventivamente un modello organizzativo efficace. Si segnala invece una decisione del Gip del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 13 settembre 2007) che ha valutato positivamente l'adozione del modello anche successivamente al reato.

Con riguardo all'efficacia e al contenuto dei modelli, la giurisprudenza di merito ha individuato alcuni principi tendenzialmente uniformi: è stato ritenuto che il modello debba essere efficace e dinamico, tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce. L'efficacia di un modello organizzativo dipende dalla sua idoneità in concreto ad elaborare meccanismi di decisione e controllo idonei ad eliminare o ridurre significativamente l'area di rischio di responsabilità (Trib. Milano, 28 ottobre 2004; Trib.

Milano 20 settembre 2004). E' stato altresì precisato (Trib. Roma, 4 aprile 2003) che la prevenzione dei reati deve essere il risultato di una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale. Occorre perciò valutare in quali momenti della vita e dell'operatività dell'ente possono più facilmente inserirsi fattori di rischio.

L'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati presuppone un'analisi approfondita della realtà aziendale e delle possibili modalità attuative dei reati stessi. In tale analisi dovrà necessariamente tenersi conto della storia dell'ente (Trib. Napoli, 26 luglio 2007; Trib. Milano 20 settembre 2004).

I modelli devono prevedere misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta. Nel suo contenuto, perciò, il modello deve consentire un'attuale e costante mappatura dei rischi aziendali attraverso l'individuazione delle aree a rischio.

La giurisprudenza ha, poi, individuato *standard* di organizzazione dell'attività di impresa che possono essere validamente considerati anche in fase di costruzione e applicazione del modello organizzativo. Assumono rilievo, ad esempio, la procedimentalizzazione dell'attività di impresa, la delega di funzioni a soggetti competenti e la predisposizione di efficienti flussi informativi endosocietari. Vengono, inoltre, costantemente richiamati anche i criteri elaborati dalle Linee Guida di categoria, quali la separazione di compiti tra coloro che svolgono fasi cruciali nell'ambito di un processo a rischio; l'attribuzione di poteri

autorizzativi e di firma coerenti con le responsabilità organizzative e gestionali; l'adozione di meccanismi che rendano trasparente la gestione delle risorse finanziarie; la verifica delle prestazioni effettuate dai consulenti ecc.

Va tuttavia rilevato che il ragionamento della giurisprudenza sull'idoneità del modello sembra essere impostato nel senso che, se il reato è stato commesso, ciò dimostra l'inefficacia del modello. Questo ragionamento rischia di fondare una forma di responsabilità oggettiva dell'ente, che può essere chiamato a rispondere comunque dell'illecito commesso da uno dei soggetti individuati dall'art. 6 e dall'art. 7 del d. lgs. 231/01, con una presunzione assoluta di colpa da organizzazione. Su questo, almeno sul piano dei principi, la stessa giurisprudenza ha però dichiarato che l'idoneità del modello va valutata secondo una prospettiva *ex ante*, che consideri cioè il modo in cui è stato creato il modello in relazione alla specifica realtà aziendale.

L'organismo di vigilanza.

Condizione necessaria affinché possa operare l'esenzione da responsabilità è la presenza di un organismo dotato di autonomi poteri, istituito al fine di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli nonché di curarne il loro aggiornamento (art. 6, comma 1, lett. b) del d. lgs 231 del 2001).

Secondo il Tribunale di Milano (ord. 20 settembre 2004), perché l'OdV possa adeguatamente ed efficacemente adempiere ai propri compiti, è necessario che ne sia garantita l'autonomia, l'indipendenza e la professionalità. Con riguardo al requisito dell'autonomia, la Corte osserva che i componenti dell'OdV devono possedere

capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale. In punto di nomina dei membri dello stesso organo osserva, invece, che prevedere come causa di ineleggibilità la condanna con sentenza passata in giudicato per avere commesso uno dei reati di cui al d. lgs. 231 del 2001 ovvero la condanna ad una pena che importa l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici ovvero l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese, può non essere sufficiente a garantire l'indipendenza dell'organo. Per il Tribunale è, pertanto, necessario considerare come causa di ineleggibilità la sentenza di condanna anche quando non ancora passata in giudicato.

Circa la composizione dell'OdV, il Tribunale di Roma (ord. 4 aprile 2003) auspica che i membri di tale organo non appartengano agli organi sociali, ritenendo che, al fine di garantire efficienza e funzionalità all'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche.

Facendo propri i principi affermati dai tribunali su indicati, il Tribunale di Napoli (ord. 26 giugno 2007) ha negativamente valutato l'OdV di una nota società perché: 1) non esisteva nel modello organizzativo un'indicazione di professionalità specifica riferita ai componenti dell'OdV; 2) mancavano elementi che provassero la sussistenza dei requisiti di indipendenza; 3) le cause di ineleggibilità e revoca erano tali che un soggetto condannato per uno dei reati presupposto della disciplina 231/01 potesse rimanere in carica fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Nozione di profitto del reato.

L'applicazione della confisca in ogni ipotesi in cui viene pronunciata nei confronti dell'ente una sentenza di condanna (art. 19 d. lgs 231 del 2001) ha fatto sorgere in giurisprudenza una questione interpretativa relativa all'esatta individuazione della nozione di "profitto" del reato.

Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. Unite, n. 41936/05,) per profitto del reato si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito, con la precisazione che per vantaggio economico non si deve intendere né l'utile netto né il reddito, bensì un beneficio aggiuntivo di tipo patrimoniale. E' poi necessario, ai fini della confisca, che il profitto così configurato sia causalmente collegato alla condotta posta in essere dall'autore dell'illecito. In una recente sentenza (Cass., Sez. Unite, n. 10280/08) la Corte ha, altresì, ricompreso nella nozione di profitto anche le trasformazioni che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto del suo investimento, quando queste siano collegabili causalmente al reato stesso e al profitto immediato conseguito, e siano attribuibili all'autore del reato che quelle trasformazioni abbia voluto.

Per il Tribunale di Napoli (ord. 26 luglio 2007) non può, inoltre, considerarsi estranea al concetto di profitto così delineato dalla giurisprudenza di legittimità, la mancata diminuzione patrimoniale determinata dal mancato esborso di somme per costi che si sarebbero dovuti sostenere.

organizzativo.

Il campione esaminato risulta caratterizzato come segue⁽⁶⁾:

Parte II

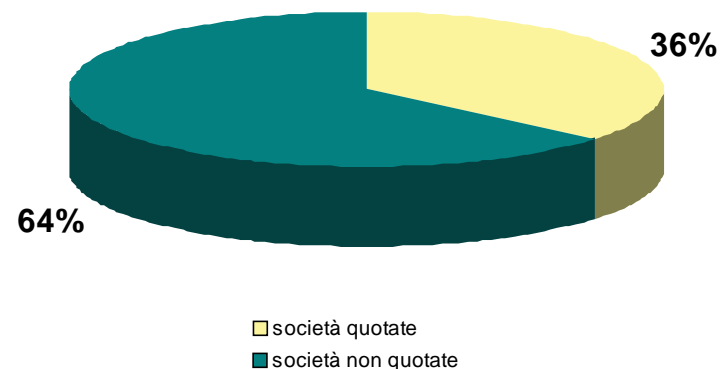
1. Il campione esaminato

E' stato inviato a un campione di società associate all'Assonime un questionario sui principali temi della disciplina d. lgs. 231/2001, al fine di raccogliere alcune informazioni sugli orientamenti applicativi dalle stesse seguiti.

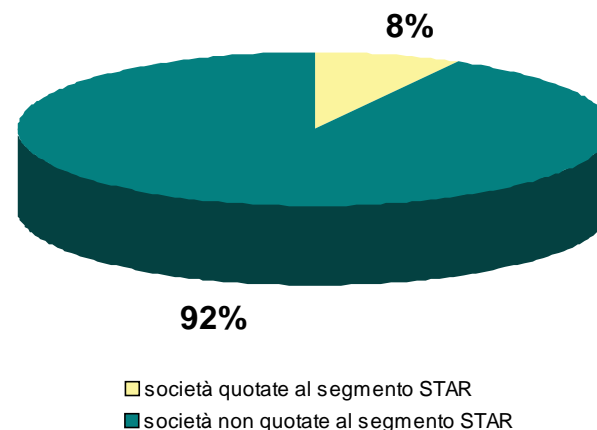
Le domande del questionario (allegate al presente documento) sono articolate in sette sezioni, a risposta libera o scelta multipla, e riguardano informazioni di carattere generale (quali, ad esempio, quelle relative all'adozione o meno di un modello organizzativo), informazioni relative ai modelli adottati, all'organismo di vigilanza, al rapporto tra l'applicazione della normativa in esame e il fenomeno del gruppo di imprese, all'informativa specifica resa ai dipendenti, amministratori, sindaci e collaboratori, all'aggiornamento dei modelli organizzativi, e da ultimo, quelle relative ai costi sostenuti.

Nell'iniziativa di Assonime sono state coinvolte 300 società di capitali. Di queste, 131 hanno partecipato attivamente ai lavori attraverso la compilazione del questionario le altre si sono limitate a fornire indicazioni circa l'adozione o meno del modello

a) Quotazione sul mercato di Borsa Italiana;



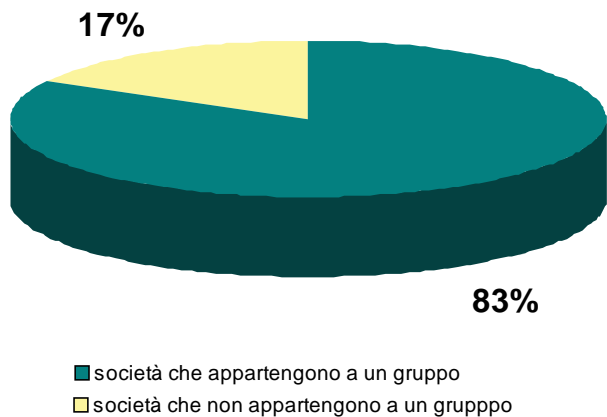
b) Quotazione sul segmento STAR;



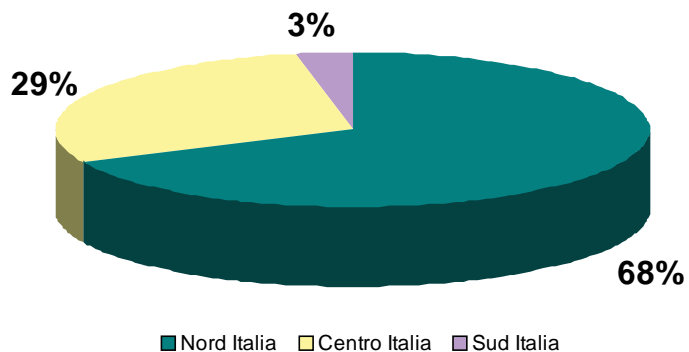
⁶ L'analisi del campione è stata effettuata sulla base dei dati forniti dall'Ufficio Associate dell'Assonime.

L'attenzione specifica al segmento STAR è legata alla recente modifica al Regolamento Mercati (art. 2.2.3, co. 3, lett. k), che include tra i requisiti necessari per ottenere la qualifica di STAR, l'adozione da parte degli emittenti del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6 del d. lgs. 231/01.

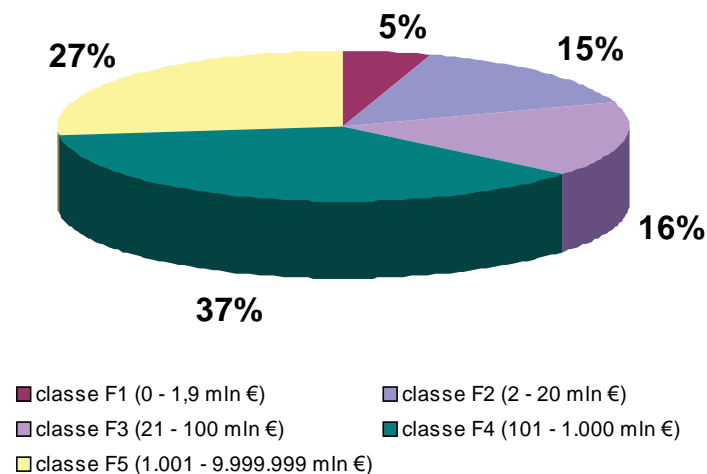
c) Appartenenza ad un gruppo



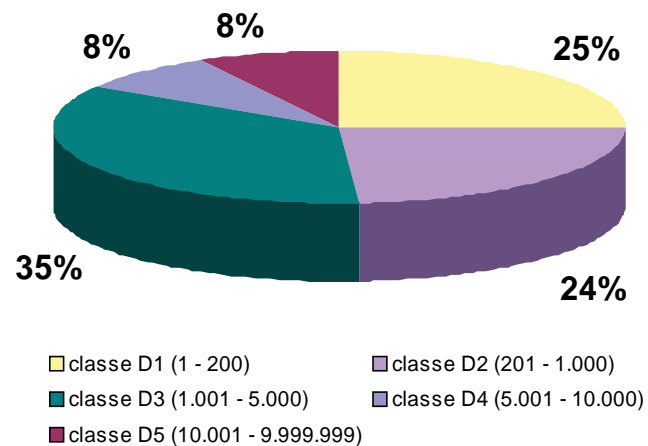
d) Localizzazione territoriale;



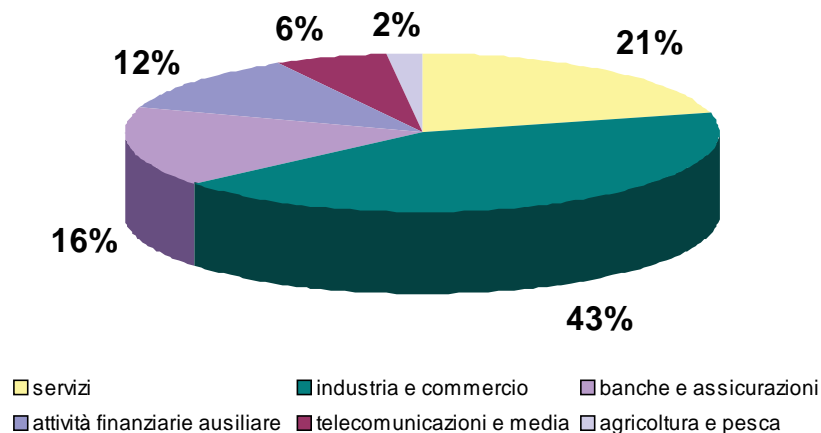
e) Classe di fatturato



f) Numero di dipendenti



g) Settore merceologico



Nella categoria dei servizi rientrano: servizi pubblici (39%), servizi alle imprese (53%), servizi turistici (4%) e servizi immobiliari (4%).

E' significativo notare che le imprese che hanno risposto integralmente al questionario sono soprattutto società di media o grande dimensione. Ciò consente di ritenere che la questione della *compliance* al d. lgs. 231/01 è avvertita soprattutto nelle imprese a struttura complessa e di grandi dimensioni. Altre associate, per lo più S.r.l. o società per azioni di piccole dimensioni, hanno dichiarato di non aver adottato alcun modello organizzativo ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. 231/01.

Questo dato mostra subito alcuni problemi della normativa in esame, quello dei costi elevati per la sua attuazione e della necessaria presenza di un'adeguata struttura interna di supporto,

che rendono la disciplina di difficile attuazione per imprese di piccole dimensioni con struttura organizzativa semplice. Risulta evidente, pertanto, la necessità di modulare gli strumenti previsti dal d. lgs. 231/01 anche a tali realtà.

Una prima difficoltà sul punto nasce dalla mancanza di una definizione normativa di enti di piccole dimensioni. Al riguardo, si ricorre in dottrina a criteri diversi e concorrenti quali il fatturato, il numero di dipendenti, l'organizzazione interna. Le Linee Guida di Confindustria, pubblicate il 31 marzo 2008, suggeriscono che la definizione vada cercata nell'essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale, più che con riferimento a parametri quantitativi.

Al riguardo, il d. lgs. 231/01 si limita a stabilire, all'art. 6 comma 4, che negli enti di piccole dimensioni i compiti di vigilare sul funzionamento del modello organizzativo e di curarne l'aggiornamento possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente, anziché essere esercitati da un apposito organismo di vigilanza. Le Linee Guida di Confindustria valutano la possibilità di elaborare protocolli e procedure meno articolate per le piccole imprese, suggerendo di affiancare all'organo dirigente deputato alla vigilanza, professionisti esterni che effettuino periodiche verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello. In questo modo si riduce anche il rischio che, affidando la vigilanza sul modello organizzativo all'organo dirigente, non vi sia controllo sull'operato dell'amministratore.

2. Informazioni generali

La legge sulla responsabilità amministrativa degli enti ha una finalità preventivo-repressiva che può essere perseguita attraverso l'adozione di efficaci modelli di organizzazione dell'attività di impresa.

Dalla normativa (art. 6) risulta che il modello organizzativo, se adottato, deve, tra l'altro: (i) essere adeguato a natura, dimensione e tipo di attività svolta dall'impresa; (ii) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; (iii) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.

Il questionario proposto ha inteso distinguere, in linea con la fisionomia del d. lgs. 231/01, la fase relativa alla predisposizione del modello organizzativo da quella di vigilanza sul modello, in cui va soprattutto assicurata la sua attuazione.

Adozione del modello organizzativo

Dall'analisi svolta è emersa un'alta percentuale di società che hanno adottato un modello organizzativo:



Nell'adozione del modello viene solo raramente tenuta in considerazione la distinzione tra soggetti apicali e sottoposti e solo in parte si tiene conto del ruolo e della specifica incidenza sulla commissione dei reati d'impresa che possono in concreto avere gli apicali.

Al riguardo si ricorda che l'art. 6 del d. lgs. 231/01 è dedicato alla prevenzione dei reati commessi dai soggetti apicali; mentre l'art. 7 è dedicato alla prevenzione dei reati commessi dai soggetti sottoposti all'altrui vigilanza. La disciplina prevista è diversa per l'uno e per l'altro caso sotto il profilo della responsabilità dell'ente: mentre ai sensi dell'art. 6, l'ente non risponde del reato commesso da un apicale se: *i)* predisporre un modello organizzativo efficiente; *ii)* nomina un organismo di vigilanza che vigila su di esso; *iii)* prova che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli organizzativi e non vi è stata omessa vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza; nel caso disciplinato dall'art. 7, l'ente è responsabile solo se c'è stata violazione degli obblighi di direzione e vigilanza e se non è stato adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello commesso.

Ne consegue che il modello di organizzazione può (e dovrebbe) presentare caratteristiche di maggior complessità nella parte destinata agli apicali rispetto alla parte diretta a prevenire i reati commessi dai sottoposti. L'esigenza di distinguere tra i diversi destinatari della disciplina nasce dal fatto che, con riguardo ai soggetti apicali, il modello deve essere idoneo a intervenire sulla formazione della politica d'impresa e sul momento della formazione della volontà dell'ente; rispetto ai sottoposti assume

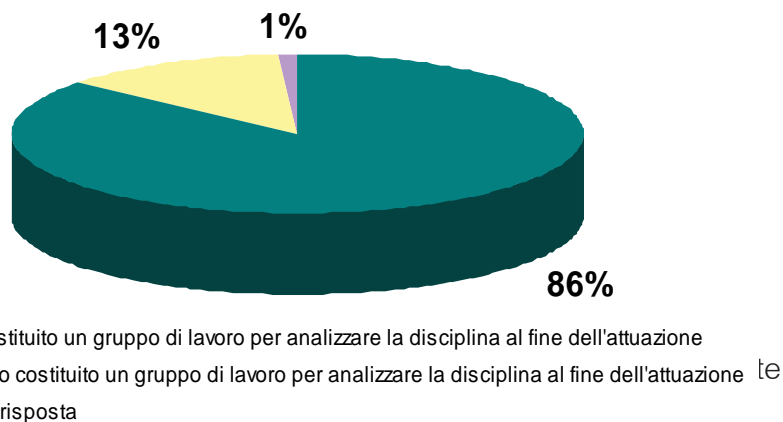
invece maggior rilievo l'aspetto relativo al controllo dell'azione esecutiva.

Secondo la giurisprudenza generalmente, ma ancor più quando appare probabile la perpetrazione di reati da parte di soggetti preposti ai vertici della persona giuridica, il modello dovrà esattamente determinare le procedure relative alla formazione e all'attuazione delle decisioni che riguardano le attività ritenute pericolose: l'adozione di un protocollo con regole chiare da applicare e che preveda la sequenza, il più possibile precisa e stringente, in cui tali regole vadano applicate per il conseguimento del risultato divisato.

Gruppi di lavoro e consulenti

L'analisi condotta ha mostrato che è essenziale poter individuare chi sono i soggetti responsabili della progettazione del modello organizzativo e della pianificazione del rischio.

Delle società che hanno adottato il modello:

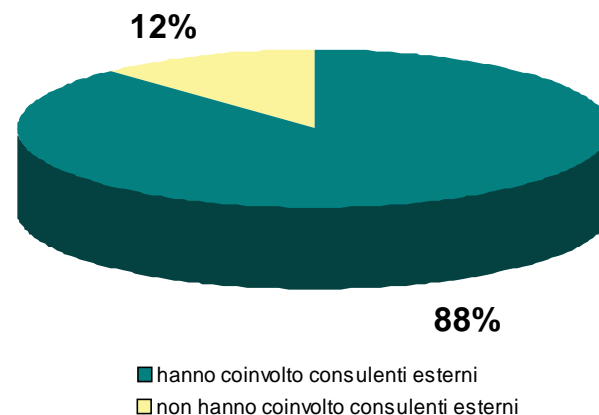


coinvolte diverse professionalità. Una composizione frequente e ottimale, alla luce dei dati elaborati, risulta essere quella delle funzioni:

- affari societari, ufficio legale, *internal auditing*, più funzioni aziendali interessate dalla normativa (es. risorse umane, organizzazione, *finance*).

Nelle società appartenenti ad un gruppo, lo studio della normativa è stato prevalentemente rimesso alla società controllante.

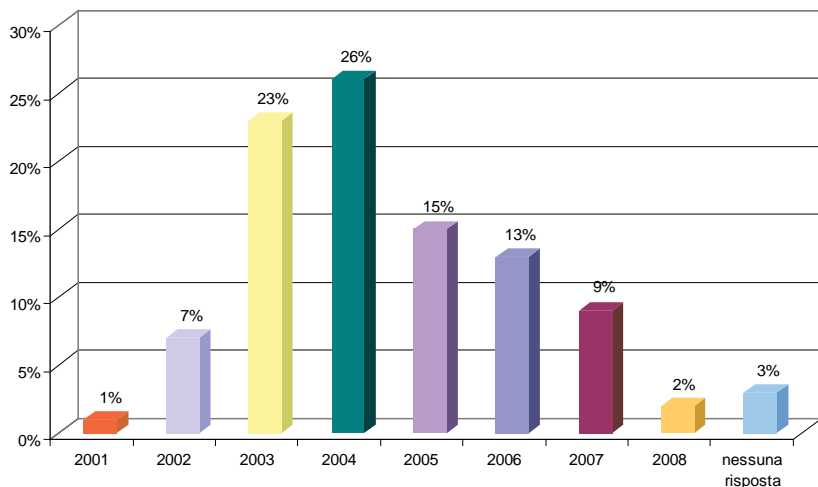
Inoltre, delle società che hanno adottato il modello:



Il coinvolgimento di consulenti esterni ha rappresentato sicuramente un costo elevato per le società, ma, d'altro lato, in considerazione della complessità e delle novità della disciplina 231, ha consentito di introdurre conoscenze ed esperienze nuove necessarie per sviluppare una sensibilità e una cultura aziendale adeguata alle nuove tendenze legislative in tema di responsabilità dell'impresa e di controlli societari.

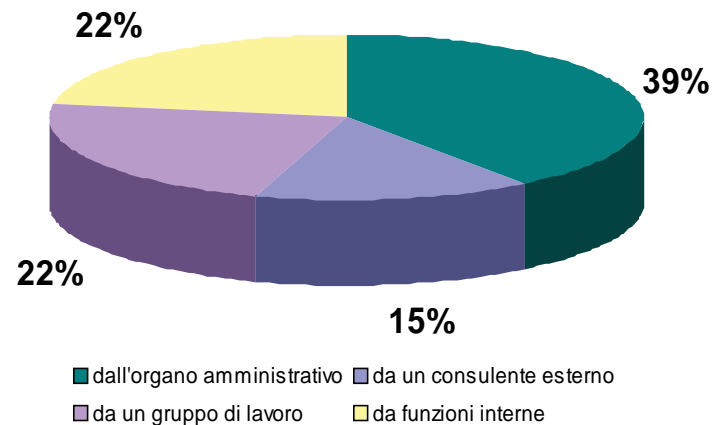
Delibera di adozione del modello

La delibera del consiglio di amministrazione relativa all'adozione del modello organizzativo è stata assunta in tempi diversi dalle società che hanno risposto al questionario:



Il grafico prende in considerazione il momento in cui, per la prima volta, le società campione hanno adottato un modello organizzativo. Il progressivo e costante ampliamento del catalogo dei reati presupposto ha, in molti casi, reso opportuno un aggiornamento dell'originario modello adottato.

In concreto il modello è stato predisposto:



E' interessante notare che se nella maggior parte dei casi il compito della predisposizione del modello è stato assunto dal consiglio di amministrazione, talvolta tale organo è stato coadiuvato da funzioni interne o da consulenti esterni. In alcuni casi il modello è stato, invece, predisposto da un singolo amministratore.

Nel gruppo di lavoro che si occupa di predisporre il modello organizzativo si rinviene un elemento costante nella presenza al suo interno della funzione di *internal auditing*. Frequentemente vi partecipano gli affari legali e societari, e, nell'ambito dei gruppi di imprese, le funzioni interne della capogruppo.

3. Il modello organizzativo

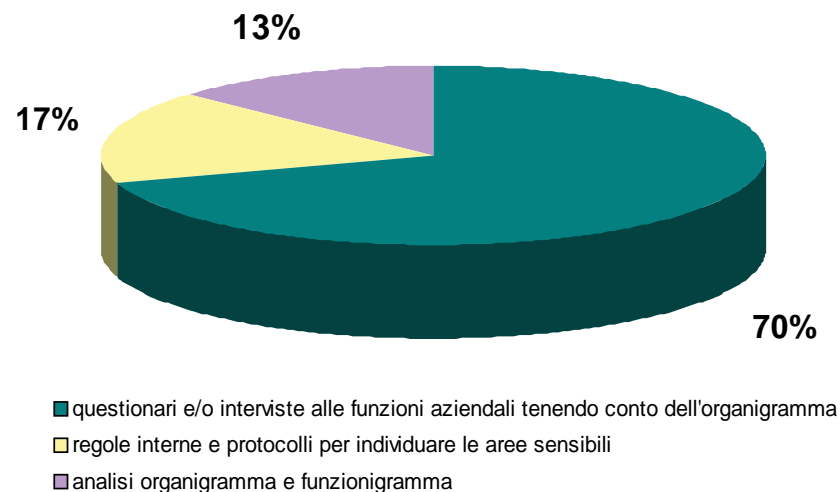
Le società hanno adottato il modello organizzativo, normalmente redatto in due parti, una generale e una specifica in cui si definiscono le procedure di prevenzione del reato per le attività più a rischio.

Mappatura dei rischi

Delle società che hanno adottato il modello, tutte hanno svolto un'indagine volta a individuare le attività e i settori di rischio.

Secondo la giurisprudenza, l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati presuppone un'analisi approfondita della realtà aziendale con l'obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato. E' altresì necessario compiere una valutazione delle possibili modalità attuative dei reati, tenendo conto, in particolare, della storia dell'ente – cioè delle sue vicende, anche giudiziarie passate – e delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore (Trib. Milano, ord. 20 settembre 2004).

Per individuare, in concreto, i rischi le società hanno proceduto mediante:



Il dato più significativo riguarda l'uso di questionari e interviste mirate alle funzioni aziendali per la costruzione dei modelli. L'Assonime si propone di approfondire ulteriormente, con la collaborazione delle società campione, l'analisi delle interviste e questionari inviati alle funzioni aziendali (anche i soli modelli di interviste e di questionari).

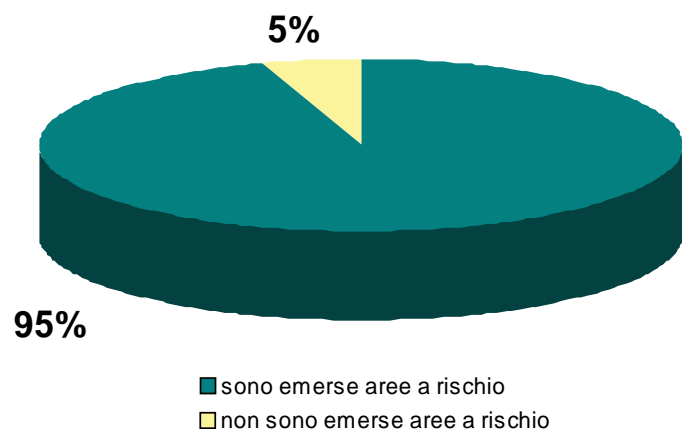
In alcune risposte vengono richiamate regole interne e protocolli per individuare le aree sensibili (es. *check list*, *gap analysis*, ecc.), ma queste indicazioni sono troppo generiche e non consentono di comprendere come, in concreto, esse siano state attuate.

Non può, invece, ritenersi in linea con un'efficiente mappatura del rischio di reato l'aver scelto come metodo per l'indagine la sola analisi dell'organigramma-funzionigramma. Suscitano, infatti, perplessità i modelli che si limitano a incorporare al proprio

interno, declinandole come procedure operative, alcune regole di condotta indirizzate alle persone fisiche solo sulla base del ruolo da esse ricoperto all'interno dell'impresa.

Inoltre, si deve ritenere che l'aver operato l'analisi del rischio facendo generico richiamo all'esistenza di un sistema di qualità aziendale o di codici di comportamento può portare ad una valutazione di inidoneità del modello. Anche il ricorso al Codice Etico non va enfatizzato: le valutazioni di carattere preventivo organizzativo pratiche del modello non possono essere sostituite da indicazioni di principi etici.

Dalla mappatura dell'attività d'impresa svolta per la costruzione del modello sono emerse aree di rischio nella maggior parte dei casi:



Presidi preventivi

Una volta individuate le aree di rischio, tutte le società che hanno adottato il modello hanno predisposto protocolli diretti a procedimentalizzare l'attività o presidi preventivi.

Le procedure adottate sono però le più varie. Esse vanno da adempimenti formali, quali la sola adozione del Codice Etico, a procedure complesse che si muovono su diversi livelli e con varie finalità. Gli strumenti più utilizzati sono:

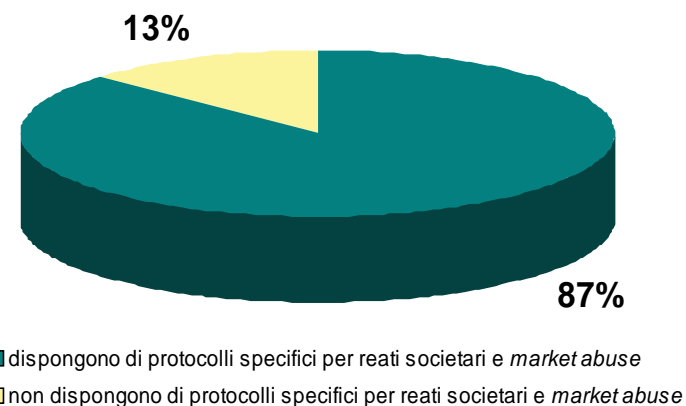
- procedure specifiche accompagnate da regole interne, codici di comportamento, codici etici, internet, intranet, manuale operativi.
- attribuzione di procure speciali per singoli atti a dirigenti di primo livello;
- verifiche periodiche di istruzioni generalizzate, di clausole contrattuali;
- elaborazione di procedure per la valutazione delle segnalazioni di rischio;
- standard di controllo previsti per le aree a rischio.

Il modello organizzativo deve, poi, contenere sia presidi organizzativi generalmente idonei a ridurre l'esposizione a rischi di reato nella società (prevedendo regole di precauzione che devono essere adottate per un buon governo dell'impresa in ogni tipo di ente: ad es., flussi informativi efficienti tra la struttura e gli organi societari, trasparenza nella gestione finanziaria; separazione di compiti tra organi di gestione e organi di controllo ecc.), sia misure che contengano i rischi di reato specificamente contemplati nell'elenco previsto dal d. lgs. 231/01.

Qualora il rischio si sia concretizzato e sia stato commesso un reato, i modelli organizzativi predisposti dall'ente devono risultare maggiormente incisivi in termini di efficacia dissuasiva e devono consentire di valutare, in concreto, le carenze dell'apparato organizzativo e operativo dell'ente che hanno favorito la perpetrazione dell'illecito. Secondo la giurisprudenza, i protocolli rivolti a "procedimentalizzare" la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente quando vengano adottati non in funzione di prevenzione del rischio, ma successivamente al verificarsi dell'illecito, devono tener conto della situazione che ha favorito la commissione dell'illecito, in modo tale da eliminare le carenze organizzative che hanno consentito la commissione del reato (Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003).

Appare evidente che le procedure organizzative vanno predisposte ed attuate tenendo conto della specificità di ciascuna realtà aziendale e, in relazione ad essa, della maggior esposizione a certi rischi di reato anziché ad altri. Sebbene, infatti, non possa escludersi in assoluto la possibilità che venga posto in essere un illecito "anomalo", (ad es. venga praticata l'infibulazione in una società bancaria), l'ente è legittimato a predisporre un modello idoneo a prevenire i reati secondo il criterio del c.d. "rischio accettabile". Come ha chiarito Confindustria, il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi "costano" più della risorsa da proteggere.

In relazione alle misure per prevenire i rischi di reato il questionario ha accertato che delle società che hanno adottato il modello:



Si segnala che alcune società hanno dichiarato di aver adottato per tali reati protocolli specifici di derivazione SOX (*Sarbanes-Oxley Act*).

4. L'organismo di vigilanza (OdV)

L'art. 6, co. 1, lett. b) stabilisce che l'ente non risponde del reato commesso se dimostra che: "il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo".

L'OdV è perciò un organo necessario, con funzioni di sorveglianza, munito di poteri di iniziativa e controllo. Il suo ruolo è essenziale perché gli è affidata la cura sull'attualità del modello e ha la

responsabilità sulla sua applicazione concreta.

La scelta di prevedere un organismo dedicato in via esclusiva alla vigilanza sull'attuazione dei modelli organizzativi è in linea con la tendenza legislativa a moltiplicare i centri di controllo all'interno dell'impresa. Le relazioni che intercorrono tra i "controllori" non sempre sono coordinate dalla legge, rendendo spesso difficile la cooperazione necessaria per assicurare la buona gestione dell'impresa.

La legge non dispone nulla sulla composizione e sulla struttura dell'OdV, ad eccezione dell'art. 6, co. 4, che prevede che negli enti di piccole dimensioni i compiti attribuiti all'OdV possano essere assolti dall'organo dirigente. Tuttavia, dall'entrata in vigore del d. lgs. 231/01, la giurisprudenza è più volte intervenuta sul problema dei requisiti dell'OdV.

Ne è emerso che:

- a) tale organismo deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa, autonomia, continuità d'azione e controllo. A tal fine, l'OdV non dovrà avere compiti operativi che possano pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche; è auspicabile che i componenti non appartengano ad organi sociali e che tra di essi vi sia qualche collaboratore esterno fornito della necessaria autonomia, indipendenza e professionalità.
- b) I componenti dell'OdV devono avere adeguati requisiti di indipendenza e di professionalità.
- c) È stato valutato negativamente dal giudice un OdV perché:

- 1) non esisteva nel modello organizzativo un'indicazione di professionalità specifica riferita ai componenti dell'OdV;
- 2) mancavano elementi che provassero la sussistenza dei requisiti di indipendenza;
- 3) le cause di ineleggibilità e revoca erano tali che un soggetto condannato per uno dei reati presupposto della disciplina 231/01 potesse rimanere in carica fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Molto utili sono le indicazioni che provengono dalle Linee Guida di categoria, in particolare Confindustria e Abi. In esse si prevede la possibilità di optare per una composizione monocratica o plurisoggettiva dell'organo; in questo secondo caso è possibile fare ricorso sia a professionalità interne sia esterne all'ente, purché sia assicurato il rispetto dei requisiti di autonomia e indipendenza. Secondo Confindustria, la posizione dell'OdV nell'ambito dell'ente deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza e o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente. A tal fine si suggerisce anche di porre l'OdV in posizione gerarchica elevata, prevedendo il riporto solo ai vertici societari e non attribuendogli alcun compito operativo. Nelle composizioni plurisoggettive si ammette che il grado di indipendenza dell'organismo venga valutato nella sua globalità, anziché per ciascun componente.

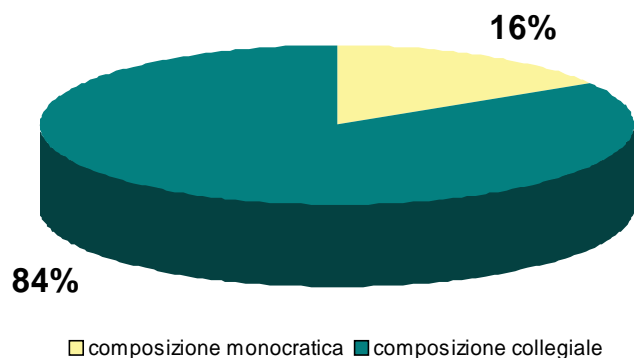
Per quanto riguarda il requisito della professionalità si suggerisce la presenza di almeno un esperto legale. Inoltre, l'OdV deve, nel complesso, essere dotato di capacità tecniche idonee allo svolgimento dell'incarico, con particolare attenzione al profilo della valutazione rischi, delle analisi strutture aziendali, delle

ispezioni e dell'analisi dei sistemi di controllo. Le Linee Guida di Confindustria specificano che requisiti ulteriori di professionalità sono previsti per coloro che sono preposti alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, quali il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP); gli Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione (ASPP); il Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS); il Medico Competente (MC), l'addetto emergenze in caso di incendio e l'addetto primo soccorso. Questi soggetti sono chiamati a cooperare con l'OdV per consentirgli di esercitare efficacemente le sue funzioni.

Si prevede poi che l'organo dirigente debba disciplinare i principali aspetti relativi al funzionamento dell'organismo di vigilanza e comunicare alla struttura quali sono i compiti e i poteri, stabilendo eventuali sanzioni in caso di mancata collaborazione.

Composizione dell'OdV

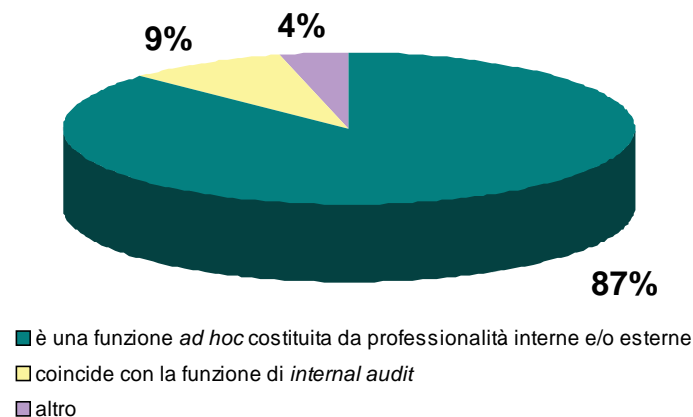
Con riguardo ai dati raccolti, l'OdV delle società che hanno adottato il modello ha:



Va segnalato che alcune società che appartengono ad un gruppo hanno affermato di avere un OdV con composizione collegiale per la società controllante e un OdV con composizione monocratica per ciascuna società controllata.

Dall'analisi svolta è, inoltre, emerso che l'OdV è composto da soggetti sempre diversi, anche in relazione alle dimensioni e alla complessità della struttura aziendale. Non sembra perciò possibile trarre indicazioni univoche sulle preferenze fino ad oggi manifestate dalle società campione.

Tuttavia si può registrare che, sul totale delle risposte ricevute, l'OdV:



Tra le professionalità interne è spesso presente il rappresentante o un componente dell'*internal auditing* e uno o più consiglieri indipendenti. Si segnala la centralità della funzione di *internal auditing* in materia di controlli, che svolge un ruolo primario sia nella fase di elaborazione delle procedure di controllo, sia nella

fase di attuazione delle procedure. A questi si aggiunge spesso il presidente del collegio sindacale e un rappresentante funzione legale e/o societaria o di altre funzioni. Tra le professionalità esterne si segnala la frequente presenza di avvocati.

Al riguardo, le Linee Guida di Confindustria indicano che la funzione di *internal auditing* può essere idonea a fungere da OdV, se ben posizionata e dotata di risorse adeguate. E' possibile, inoltre, attribuire anche al Comitato di controllo interno il ruolo di OdV, nelle ipotesi in cui esso sia previsto, purché composto da amministratori non esecutivi e indipendenti.

A titolo esemplificativo si richiamano alcuni dati non aggregati relativi a esempi di composizione di OdV:

- 1) presidente esterno, segretario CdA; responsabile della funzione *auditing*;
- 2) professionisti esterni, responsabili funzioni interne;
- 3) presidente esterno, responsabile risorse umane, funzione *internal auditing*;
- 4) presidente esterno indipendente, direttori affari fiscali e societari, direttore risorse umane;
- 5) professionista esterno, responsabile *internal auditing*, amministratore indipendente;
- 6) professionista esterno che ricopre la carica di presidente – funzione *auditing* – funzione legale e societaria;
- 7) professionista esterno, responsabile *internal auditing*, amministratore indipendente;
- 8) professionista esterno, amministratore indipendente, sindaco;

- 9) professionista esterno esperto in tecniche di controllo interno, amministratore non esecutivo, un membro del collegio sindacale, il responsabile dell'*internal auditing* della società;
- 10) amministratore non esecutivo, membro del collegio sindacale, responsabile *auditing*, e professionista esterno;
- 11) amministratore non esecutivo e indipendente, preposto al controllo interno responsabile della funzione affari legali e societari;
- 12) consiglieri indipendenti, *internal auditing*;
- 13) consiglieri indipendenti, direttore *audit* della capogruppo;
- 14) soli amministratori non esecutivi o indipendenti;
- 15) presidente comitato controllo interno, responsabile funzione legale e responsabile funzione revisione interna;
- 16) funzione di *internal auditing*.

Guardando inoltre al caso specifico degli intermediari finanziari e bancari che hanno risposto al questionario, l'OdV può essere composto da:

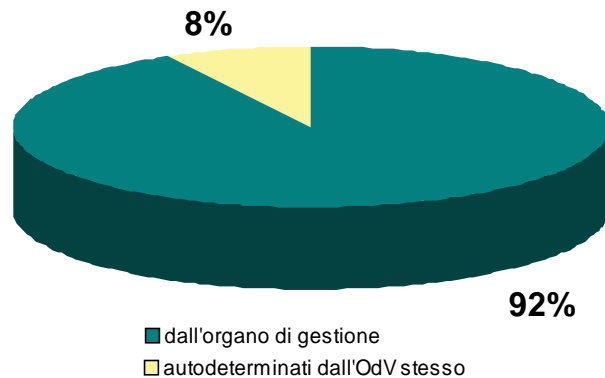
- 1) 1 amministratore indipendente, responsabile funzione di controllo interno, responsabile funzione legale;
- 2) 1 amministratore indipendente, responsabile *internal auditing*, consulente indipendente;
- 3) 1 amministratore indipendente, responsabile *internal auditing*, responsabile funzione personale;
- 4) 1 amministratore indipendente, responsabile funzione *auditing*;

- 5) 1 amministratore indipendente, responsabile area legale, vicepresidente CdA;
- 6) 3 consiglieri non esecutivi, di cui uno indipendente, il preposto al controllo interno, consulente legale esterno, consulente in materia bancaria e creditizia esterno;
- 7) tutti amministrativi non esecutivi;
- 8) tutti amministratori non esecutivi e indipendenti;
- 9) comitato controllo interno;
- 10) comitato controllo interno, responsabile funzione revisione interna, responsabile funzione legale.

- verificare l'efficienza e l'efficacia del Modello organizzativo adottato rispetto alla prevenzione e all'impedimento della commissione dei reati previsti dal d. lgs. 231;
- verificare il rispetto delle procedure e accertare gli eventuali scostamenti da esse;
- effettuare periodici esami sul modello per verificarne la tenuta ed eventualmente aggiornarlo;
- segnalare agli organi dirigenti gli opportuni provvedimenti in caso di violazioni accertate dal modello;
- informare periodicamente gli organi dirigenti e di controllo sul tema 231.

Competenze e regolamento dell'OdV

Dall'analisi svolta è poi emerso che competenze e poteri sono stati attribuiti all'OdV:



Con riguardo ai poteri e alle competenze dell'OdV il d. lgs. 231/01 offre poche indicazioni. Tuttavia, se ad esse si aggiungono le indicazioni contenute nelle Linee Guida di settore e la prassi, si può ritenere che l'OdV debba, quantomeno:

Le società intervistate hanno dichiarato di aver attribuito all'OdV tutti i poteri necessari per lo svolgimento dei compiti previsti dal d. lgs. 231/01 alla luce del modello adottato. Inoltre, in tutte le società che hanno adottato il modello sono state individuate regole organizzative e di funzionamento dell'OdV. Tali regole sono state previste dal CdA e in alcuni casi è stato approvato un apposito regolamento.



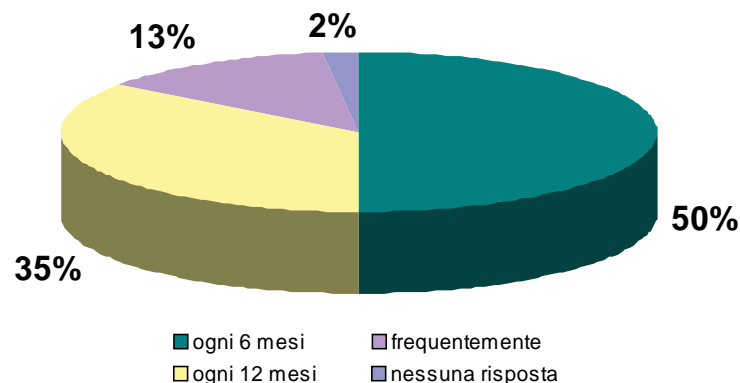
Flussi informativi

L'OdV di tutte le società che hanno adottato il modello deve riferire dell'attività svolta all'organo di gestione.



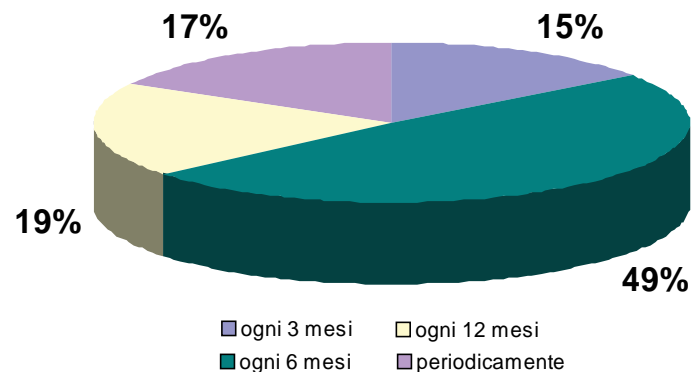
La periodicità con cui l'OdV riferisce all'organo di gestione è stabilita in modo diverso dalle società campione.

Sul campione intervistato hanno dichiarato di riferire al CdA o al Consiglio di gestione:



L'indagine svolta rivela inoltre che oltre all'organo di amministrazione, l'OdV riferisce, in linea di principio, anche ad uno o più organi di controllo, anche in questo caso, con una cadenza variabile.

Precisamente, il 75% delle società che hanno risposto alla precedente domanda, ha anche precisato di riferire al Collegio sindacale o al Consiglio di sorveglianza o ad altro organo di controllo:



Alcune di esse, soprattutto tra le quotate di grandi dimensioni, hanno precisato che l'OdV riferisce, su base continuativa, anche all'AD e/o al Presidente del CdA.

Solo in pochi casi l'OdV riferisce, invece, anche all'assemblea.

E' possibile ritenere che quanto più la società è di ampia dimensione e articolazione, tanto più sono previsti una serie di passaggi attraverso i quali i vertici societari trasmettono le linee guida alla struttura e quest'ultima attua la gestione avvalendosi delle procedure eventualmente predisposte e utilizzando tutti i

meccanismi di trasmissione e circolazione delle informazioni di cui la società è dotata.

Le Linee Guida di Confindustria precisano che le funzioni aziendali a rischio reato debbano dare informazioni relative alle risultanze periodiche dell'attività di controllo dalle stesse poste in essere per dare attuazione ai modelli (*report* riepilogativi, attività di monitoraggio, indici consuntivi) e segnalare le anomalie riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili.

Dalle risultanze del questionario emerge che le società campione hanno tenuto conto di tale principio.

Indipendenza dei componenti

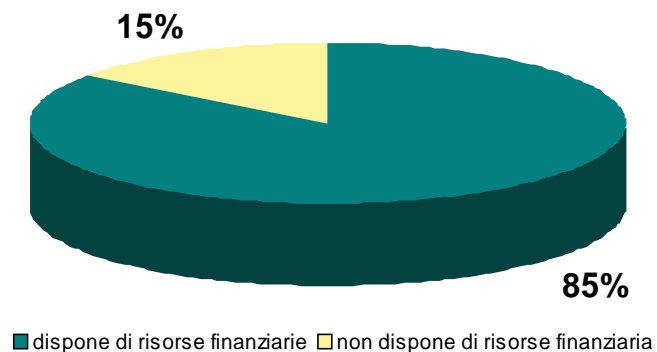
Il questionario ha, altresì, dimostrato che i criteri individuati dalle società per valutare l'indipendenza dei componenti dell'OdV sono i più vari e sono individuati, alternativamente o cumulativamente:

- nella composizione dell'OdV:
 1. presenza di consulenti esterni;
 2. presenza di consiglieri indipendenti;
 3. presenza di membri del Collegio sindacale;
- nei poteri e nelle funzioni attribuite dal M.O.;
- nell'assenza di ruoli gestionali;
- nel riporto diretto ai vertici:
 1. al presidente e/o AD;
 2. al CdA;
 3. al preposto contabile della capogruppo;
- nell'autonomia gestionale e finanziaria;
- nell'insindacabilità delle decisioni da parte degli altri organi e strutture, ad eccezione CdA;

- nelle modalità di nomina e di revoca;
- nella sussistenza dei requisiti previsti dal codice di autodisciplina.

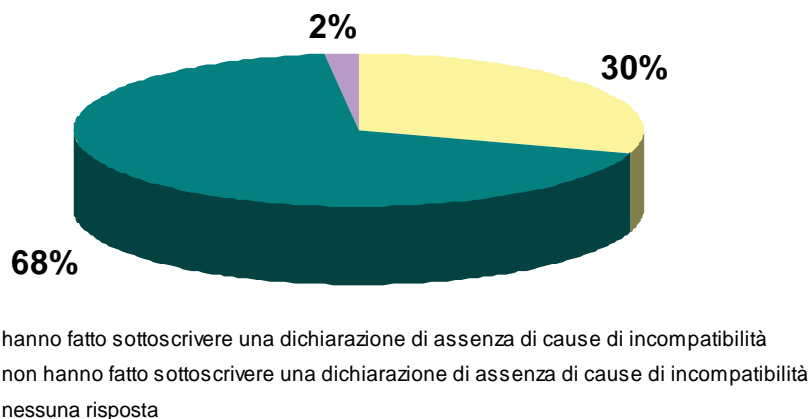
Nelle Linee Guida di Confindustria si raccomanda che l'organo dirigente provveda ad attribuire risorse finanziarie all'OdV per il corretto svolgimento dei compiti assegnati.

Dal sondaggio effettuato risulta che l'OdV:



Il 27% delle società che hanno un OdV che non dispone di risorse finanziarie ha dichiarato, però, di chiedere al CdA di mettere a disposizione le risorse in caso di necessità.

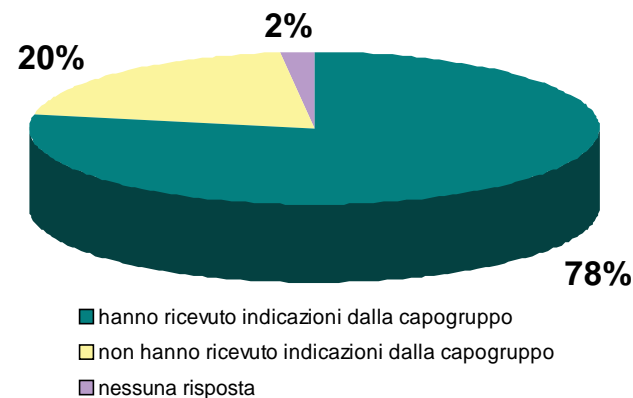
Al fine di garantire l'indipendenza dei membri dell'OdV, le società:



5. Gruppi di società

Il d. lgs. 231/01 non dispone nulla in ordine alla disciplina dei gruppi di società. Il tema ha, tuttavia, suscitato un profondo interesse sia teorico sia pratico. Uno dei maggiori problemi interpretativi che si pongono in tema di 231 è come si articola la disciplina del controllo in presenza di “gruppi societari”. In particolare, occorre stabilire se sia possibile istituire un unico modello per l'intero gruppo o se sia necessario che ciascun ente abbia il proprio modello e il proprio organismo di vigilanza.

Dalle risposte al questionario emerge che le società che hanno adottato il modello che fanno parte di un gruppo, in merito alle soluzioni organizzative relative al d. lgs. 231 del 2001:

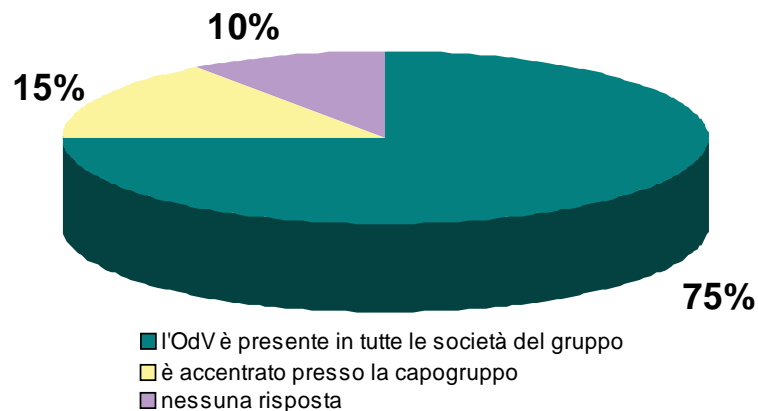


Occorre, tuttavia segnalare che l'84% delle società che non hanno ricevuto indicazioni dalla controllante, hanno dichiarato che nel predisporre il modello hanno comunque tenuto conto dell'appartenenza ad un gruppo.

Ciò che preme rilevare è che in tema di gruppi di imprese manca una soluzione univoca al problema del migliore assetto organizzativo del controllo, potendosi ammettere soluzioni diverse e conformate alle specificità del gruppo. Nella definizione del concreto assetto organizzativo Confindustria ritiene utile distinguere l'ipotesi di gruppi con controllate non quotate o di medie-piccole dimensioni, in cui è possibile perseguire economie in termini di risorse assegnate e creare un'unica struttura che assicuri un migliore livello qualitativo delle sue prestazioni attraverso una maggiore professionalità da quella di gruppi costituiti anche da società quotate o di grandi dimensioni, in relazione alle quali aumenta, invece, l'esigenza di tenere separati i ruoli degli OdV di ciascuna società. L'autonomia di ciascun OdV importa la necessità di rafforzare gli scambi informativi tra OdV delle controllate e della controllante.

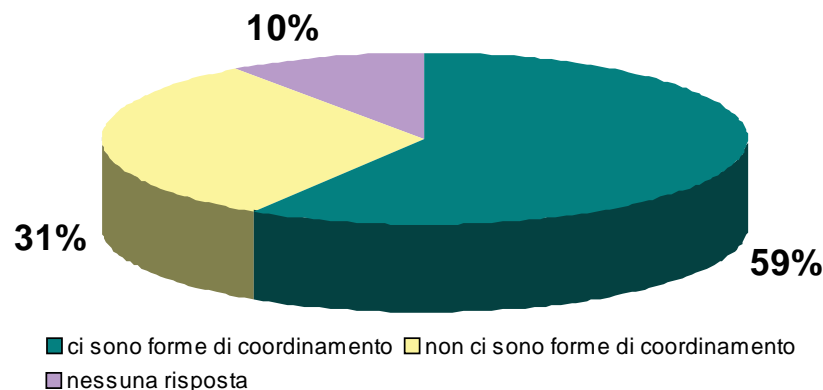
Sebbene la prassi mostri che nei gruppi con società non quotate di medie-piccole dimensioni la tendenza è, in effetti, quella di far affidamento sulle funzioni di controllo interno della capogruppo, è tuttavia opportuno, anche in linea con l'interpretazione dominante della legge operata dalla giurisprudenza, che ciascuna società abbia un proprio OdV il quale, al limite, senza con ciò liberarsi della propria responsabilità, possa avvalersi dell'OdV della capogruppo per l'attuazione dei controlli.

Al riguardo dall'analisi svolta è emerso che:



Più precisamente, talune società hanno affermato che l'OdV è presente in tutte le società del gruppo che hanno deciso di uniformarsi alla 231, ma non nelle altre.

Inoltre, tra gli OdV all'interno del gruppo:



Molto varie sono state le risposte fornite alla domanda su quali forme di coordinamento tra OdV del gruppo siano state predisposte. Se alcune società hanno ritenuto di coordinare gli OdV mediante riunioni, comunicazioni e scambi informativi, coinvolgendo spesso anche la capogruppo, altre hanno individuato il migliore strumento nella composizione dell'OdV, prevedendo che almeno un membro dell'OdV della controllante sia presente nell'OdV delle controllate (in taluni casi un membro dell'OdV della capogruppo è organo monocratico delle controllate italiane), o che vi sia negli OdV delle controllate la partecipazione di un membro *internal auditing* della capogruppo.

Società multinazionali

Particolare attenzione richiede il tema dell'applicazione del d. lgs. 231 a società multinazionali.

L'organizzazione di molte di queste società deve, infatti, essere conforme a discipline diverse in tema di controlli dei rischi. In particolare, le società appartenenti a gruppi statunitensi o operanti negli Stati Uniti ricadono già nel campo di applicazione della stringente normativa dettata dal FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Ne discende la necessità di adeguamento a specifici protocolli organizzativi, si pensi ad esempio alle statunitensi *Federal Sentencing Guidelines*, che individuano sette criteri vincolanti per l'ottimale elaborazione di un *Compliance Company Program* che sia idoneo ad attenuare la responsabilità dell'ente.

L'adozione di questi diversi presidi organizzativi può tuttavia non essere reputata sufficiente ad esonerare la controllata per il fatto posto in essere sul territorio italiano, se non vi è rispetto anche dei

principi contenuti nel d. lgs. 231 e degli standard organizzativi che si stanno sviluppando in materia nel nostro Paese.

Si ricorda infatti che la giurisprudenza ha affermato che la disciplina del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231 si applica alle persone giuridiche straniere che operano in Italia, indipendentemente dall'esistenza o meno, nel paese di appartenenza dell'ente, di norme che regolino in modo analogo la medesima materia. Sulla base di questo principio si è escluso che l'assenza nella legge tedesca di una norma sui modelli organizzativi aziendali per la prevenzione dei reati esoneri la persona giuridica di quel paese operante in Italia dall'onere di dotarsi di un modello organizzativo (Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004). Inoltre, si è affermato che, una volta consumato il reato presupposto sul territorio dello stato italiano, il giudice ha sempre competenza a conoscere della sussistenza della responsabilità amministrativa dell'ente (Gup Milano, 13 giugno 2007).

L'analisi condotta mostra, dunque, in relazione all'applicazione del d. lgs. 231/01 una evidente difficoltà nel coordinamento tra le regole di organizzazione imposte dal d. lgs. 231 e i principi organizzativi cui sono tenuti dalla legislazione del Paese di appartenenza; specie quando questi ultimi sono altrettanto, se non più stringenti, di quelli imposti dal sistema della 231.

Se, infatti, il ragionamento condotto sul piano dei principi dalla giurisprudenza è comprensibile sotto il profilo del principio di territorialità della legge; l'interpretazione operata caso per caso dal giudice dovrebbe valutare se i presidi organizzativi predisposti dalla società appartenente al gruppo multinazionale siano già idonei, in concreto, a prevenire in modo efficace i rischi di reato.

Merita infine di essere segnalata una singolare prassi invalsa all'interno di gruppi aventi come società madre una società estera e come società figlie, tra le altre, diverse società con sede in Italia. Tale prassi, dichiarata dalle società intervistate, consiste nell'attribuzione, da parte della capogruppo ad una delle controllate italiane, di un potere di indirizzo nei confronti delle altre società italiane del gruppo in merito alle scelte relative all'adeguamento alla normativa 231.

6. Formazione del personale.

La formazione del personale e l'informazione adeguata e aggiornata rappresentano due momenti rilevanti per il perseguimento dell'obiettivo di prevenzione dei reati previsti dal d. lgs. 231/01.

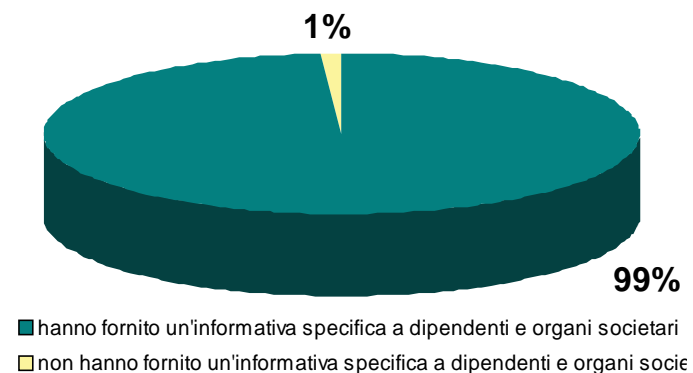
Si è visto che spetta soprattutto all'OdV il compito di promuovere idonee iniziative per la diffusione della conoscenza e comprensione del modello; di raccogliere le segnalazioni su eventuali violazioni del modello; di fornire chiarimenti in merito all'interpretazione delle regole previste dal modello.

Gli strumenti adottati sono stati però i più diversi. Il mezzo prescelto più di frequente è l'organizzazione di incontri o procedure di formazione spesso in combinazione con la distribuzione del modello o informativa sulla normativa aziendale specifica fatta

circolare tramite internet o intranet. In alcuni casi viene consegnato anche il codice etico o il codice di condotta.

In qualche caso è stata prevista una dichiarazione scritta di accettazione e/o altre clausole contrattuali che impegnano all'osservanza delle regole prescritte dal modello i dipendenti, gli organi o i consulenti o i collaboratori. L'utilità concreta di queste clausole è quella di assicurarsi che chi sottoscrive ponga attenzione a ciò che riceve e non determina alcuna forma di esonero di responsabilità dell'ente.

Quasi tutte le società hanno provveduto a fornire un'informazione sul modello:



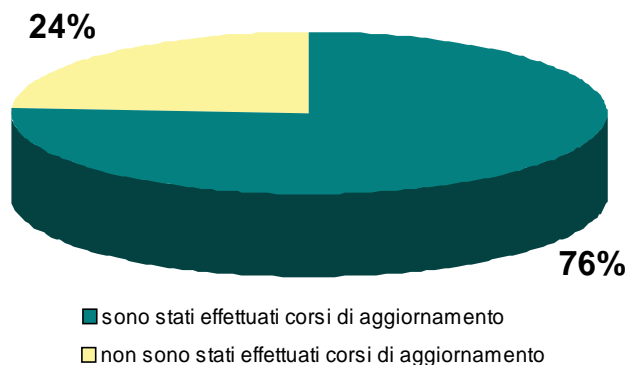
Secondo la giurisprudenza, la formazione deve essere diversa a seconda che si rivolga ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'OdV e ai preposti al controllo interno.

I dipendenti della società hanno il potere/dovere di segnalare ogni eventuale anomalia all'OdV.

Alcune delle società che hanno canali diretti di comunicazione tra dipendente e OdV, hanno precisato che il dipendente può:

- segnalare l'anomalia al superiore o all'*internal auditing* che poi trasmette l'informazione all'OdV;
- utilizzare "canali dedicati" appositamente predisposti dall'OdV; quali "casella di posta elettronica dedicata", linea telefonica dedicata;
- utilizzare posta e posta elettronica.

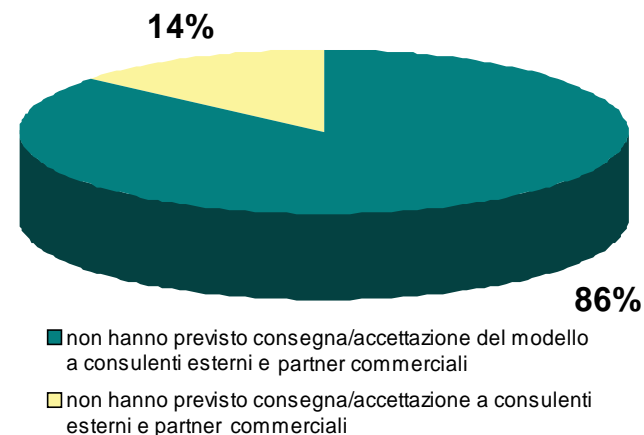
Con riguardo al tema delle informazioni a dipendenti e organi societari occorre ancora dire che dall'analisi svolta è emerso che:



Con riguardo ai corsi di formazione la giurisprudenza ha specificato che il modello organizzativo deve contenere in merito alcune indicazioni puntuali sul contenuto dei corsi, sulla loro

frequenza, sull'obbligatorietà della partecipazione ai programmi di formazione, sui controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi di formazione.

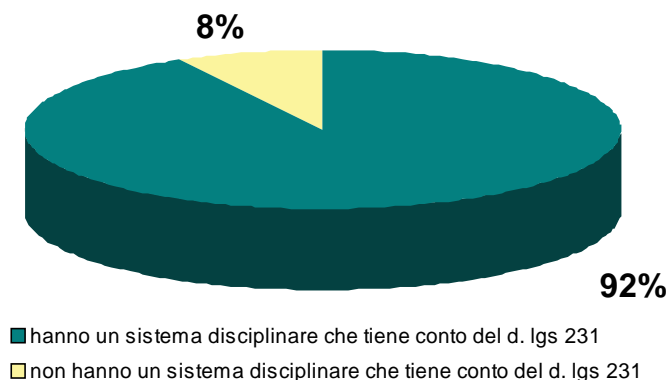
Nelle società, inoltre, il modello è stato consegnato o fatto accettare, talvolta in forma sintetica o solo per la parte relativa al codice etico, anche da consulenti esterni e partner commerciali con le percentuali sotto indicate:



7. Il sistema disciplinare

Oltre al profilo della formazione e delle informazioni, rilievo centrale per assicurare in modo efficace l'osservanza del modello organizzativo è la previsione di sanzioni specifiche per la violazione, che si aggiungono al sistema disciplinare aziendale.

Dall'indagine è emerso che le società che hanno adottato il modello:



E inoltre:



Secondo la giurisprudenza, nel sistema disciplinare deve essere espressamente prevista la comminazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che – per negligenza o imperizia – non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello,

e nei casi più gravi, perpetrazione di reati.

Tra le forme sanzionatorie più diffuse, molte società prevedono che l'OdV possa informare gli organi di gestione e di controllo (CdA e collegio sindacale e Consiglio di Gestione e di Sorveglianza), i quali devono valutare caso per caso gli opportuni provvedimenti e possono anche proporre all'assemblea la revoca dell'incarico o della carica. In qualche caso si individuano sanzioni diverse, tra cui quelle pecuniarie.

Codici Etici

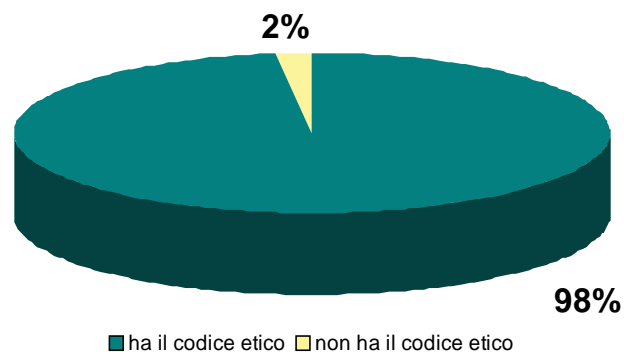
Qualche considerazione va svolta anche con riguardo al tema dell'etica d'impresa, che ha un riflesso diretto sul tema 231, dal momento che il reato viene commesso più facilmente laddove manchi una base di valori etici condivisi.

Attraverso l'organizzazione d'impresa, oltre a prevenire i reati, è possibile consentire a ciascun soggetto che opera all'interno dell'impresa di contribuire alla realizzazione di un mercato migliore. La valorizzazione delle regole di organizzazione, che non tocca solo la fase della predisposizione dei modelli organizzativi ma anche quella della vigilanza sulla sua attuazione, orienta il comportamento degli operatori e favorisce la formazione di un ambiente all'interno dell'impresa che sollecita l'adozione di atteggiamenti virtuosi.

A questo riguardo ha assunto rilievo centrale il ruolo dei Codici Etici, in cui sono richiamate le principali regole etiche cui la società si ispira nell'agire imprenditoriale.

Nel corso dell'indagine si è più volte riscontrata la centralità che le società intervistate hanno attribuito all'adozione, in aggiunta ad un modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01, di un codice etico a cui i dipendenti e i rappresentanti dell'ente devono ispirarsi nel modellare le proprie condotte.

Tra le società che hanno adottato il modello, la maggior parte ha adottato anche un codice etico:



Il 99% delle società che ha adottato il codice etico ha precisato che esso è anche richiamato dal modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01.

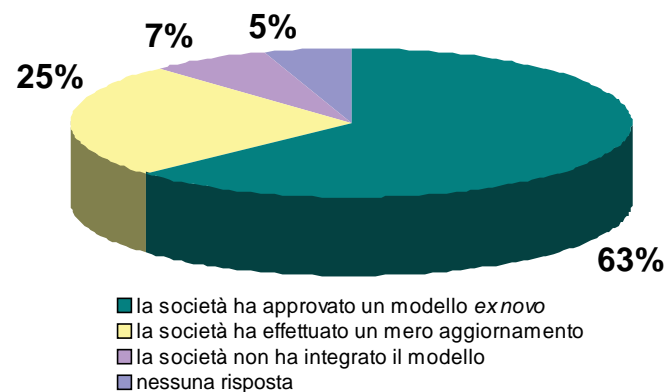
8. Aggiornamento modelli organizzativi

Il costante aumento delle ipotesi di reato rilevanti ai fini del d. lgs. 231/01 pone il problema dell'aggiornamento dei modelli. Dall'indagine svolta è emerso che le società campione hanno adottato il modello organizzativo ex art. 6 del d. lgs. 231/01 in

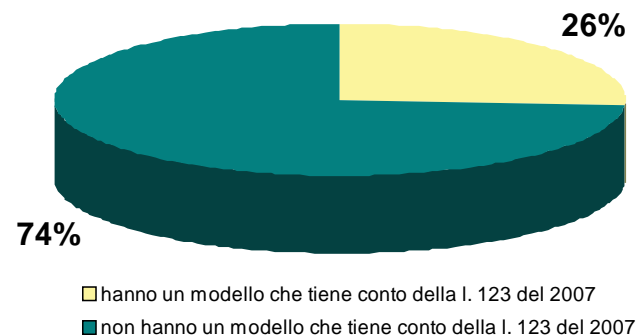
tempi molto diversi.

In questo margine di tempo – che va dal 2001 ad oggi – alcune società che avevano adottato il modello dopo l'entrata in vigore della legge hanno dovuto modificarlo completamente, altre hanno operato un mero aggiornamento e, infine, qualcuna ha ritenuto che non vi fosse necessità di modificarlo.

Ne è risultato che:



Infine, con riguardo alla legge 123/2007 (recante misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro), delle società che hanno adottato il modello:



Con riguardo all'estensione del d. lgs. 231/01 ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime che si verificano in connessione alla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, occorre considerare che il legislatore ha esteso, per la prima volta, la responsabilità degli enti per reati di natura colposa.

Se, infatti, al momento dell'emanazione del d. lgs. 231/01 la disciplina era dettata solo in relazione al comportamento scelto e consapevolmente orientato a commettere reati nell'interesse della società, oggi l'applicazione della normativa può conseguire anche alla violazione di norme cautelari e all'adozione di un atteggiamento (non doloso) bensì meramente colposo del soggetto agente.

Questa scelta si riflette sulle caratteristiche del modello organizzativo e anche sul criterio di valutazione dell'esonero di responsabilità. Secondo le Linee Guida di Confindustria, il modello organizzativo, per essere efficacemente attuato, dovrà essere integrato con il sistema degli adempimenti aziendali nascenti dagli obblighi di prevenzione e protezione imposti dalla legislazione antinfortunistica. Da ciò consegue la necessità di svolgere una mappatura del rischio approfondita e orientata secondo le specificità dell'attività produttiva presa in considerazione; di verificare ed eventualmente integrare le procedure interne di prevenzione, tenendo conto di tutte le attività già svolte, anche in materia di gestione della sicurezza, evitando così inutili duplicazioni; di valutare, infine, i rapporti che intercorrono tra i vari protagonisti del controllo aziendale, per assicurare un sistema di controlli integrato.

9. Costi

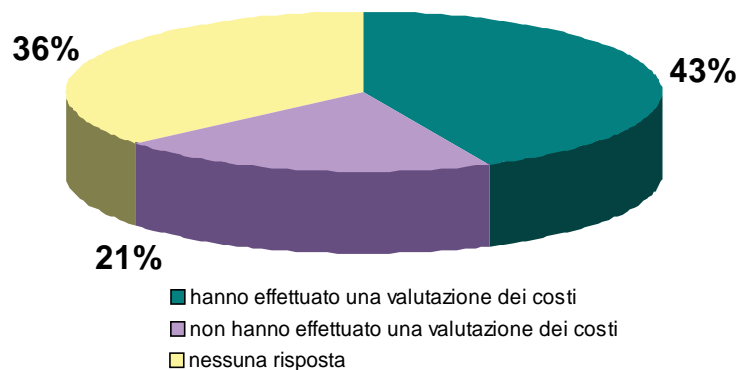
Si è ritenuto, infine, opportuno dedicare qualche domanda ai "costi" che sono stati affrontati dalle società per adeguarsi alle previsioni del d. lgs. 231/01. L'interesse per questo aspetto nasce dalla consapevolezza che la maggiore criticità rilevata nel corso dell'indagine verso il "Sistema 231" è quella degli elevati costi che ciascuna società è tenuta ad affrontare per predisporre, attuare ed aggiornare un sistema efficiente di prevenzione dei reati aziendali.

Proprio in relazione al profilo dei "costi" va guardato con qualche perplessità il costante aumento dei reati, tanto più che se esso non viene accompagnato da una lettura attenta, anche ad opera della giurisprudenza, dei principi della disciplina e delle regole di imputazione della responsabilità, onde evitare di attribuire comunque la responsabilità all'ente in ogni caso di reato, si rischia di tradire lo spirito della disciplina, che è di prevenire più che sanzionare, oltre al fatto che si finisce con il rendere sempre più difficoltosa e costosa la *compliance* alla legge.

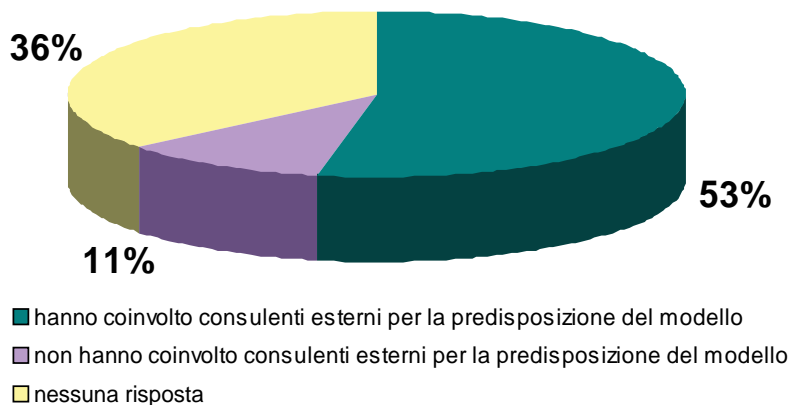
Prima di illustrare i risultati dell'indagine, si segnala l'elevato numero di mancate risposte alle domande sui costi.

Ciò è, in parte, da attribuire alla difficoltà incontrata dalle società campione nel quantificare i costi specificamente sostenuti per attuare il d. lgs. 231/01, scomputandoli da quelli sopportati per predisporre e mantenere nel complesso l'intero sistema di controlli interni aziendali.

Delle società che hanno adottato il modello organizzativo:



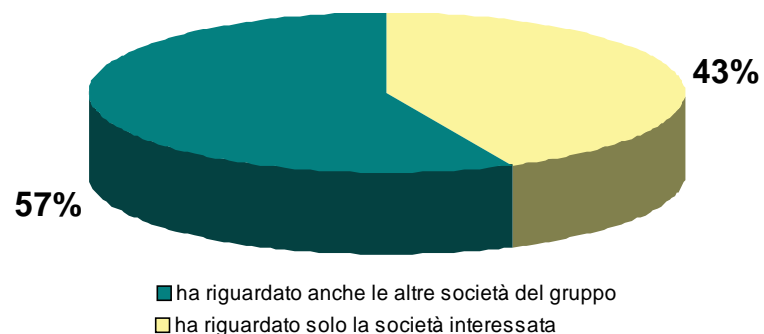
Dalle risposte al questionario è, inoltre, emerso che delle società campione:



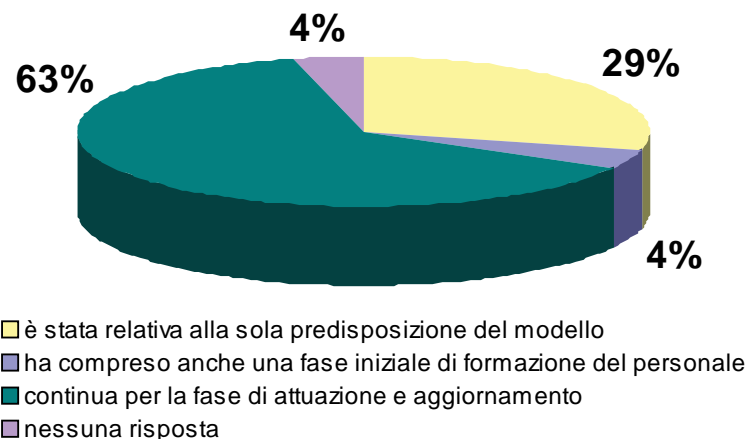
Nella maggior parte dei casi, i consulenti esterni coinvolti per la predisposizione del modello sono esperti legali, talvolta coadiuvati

da esperti di organizzazione o società di consulenza, oppure da revisori. Una sola società ha coinvolto anche l'esperto in salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Le società che hanno coinvolto consulenti esterni hanno anche dichiarato che la consulenza:



e che la stessa consulenza:

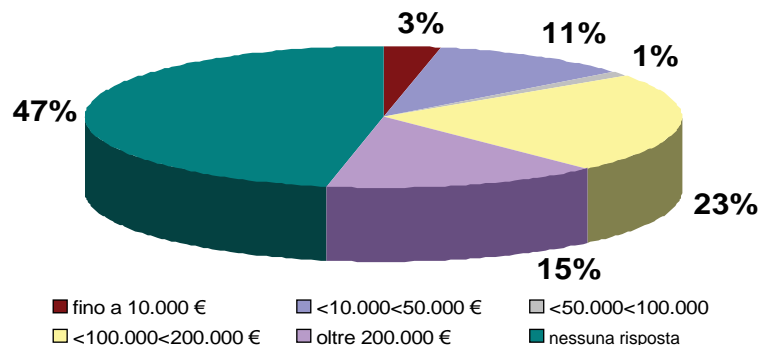


La consulenza si rivela utile, dunque, anche nella fase di attuazione e di aggiornamento del modello, che, soprattutto dopo i recenti interventi legislativi, costituiscono le fasi più delicate e per certi versi complesse.

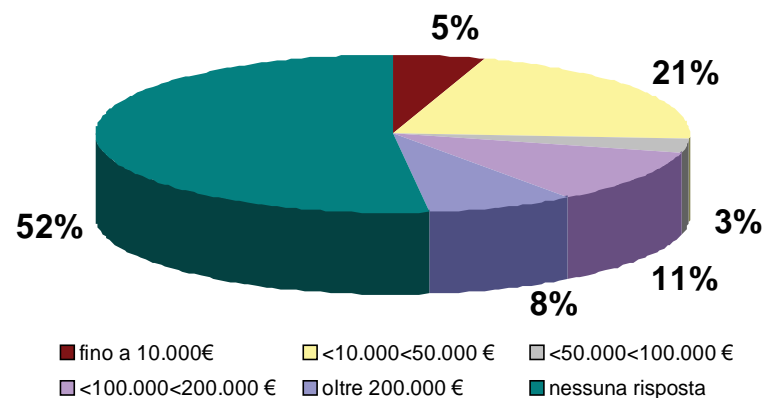
Dalle risposte al questionario è, poi, emerso che la maggior parte dei costi sostenuti dalle società per la predisposizione del modello sono relativi alle consulenze e al costo del personale. La maggior parte delle società che hanno adottato il modello ha dichiarato, infatti, di disporre di personale dedicato appositamente all'attuazione e alla vigilanza sull'osservanza del modello.

Molte società hanno anche dichiarato che ai costi suindicati si aggiungono, per l'attuazione e vigilanza sul modello, i costi per la remunerazione dei componenti dell'OdV e per il budget stabilito per tale organismo.

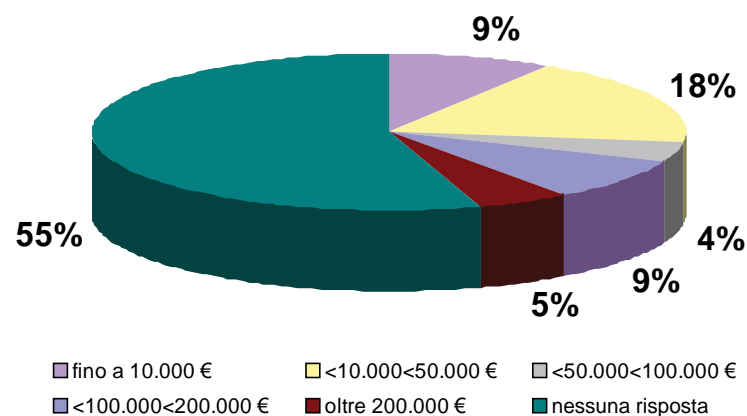
Con riguardo all'ammontare dei costi sono state individuate 5 fasce cui corrispondono i risultati di seguito riportati. I costi complessivamente sostenuti dalle società per la *compliance* del d. lgs 231/2001 sono quantificati come segue:



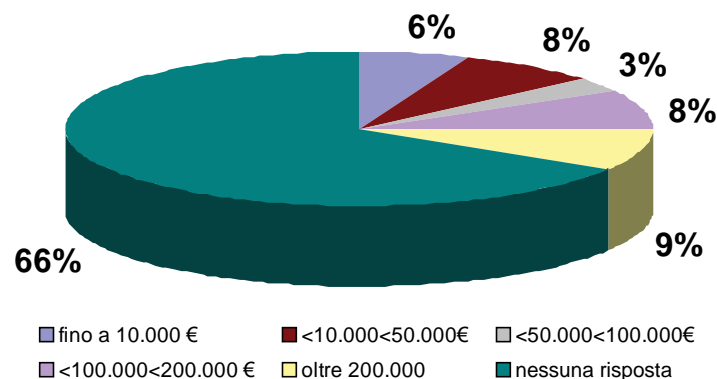
di cui per la predisposizione del modello:



e per l'attuazione e l'aggiornamento del modello organizzativo:



Da ultimo, le società che appartengono ad un gruppo hanno dichiarato di sostenere per le altre società del gruppo i seguenti costi:



Sintesi dei dati e conclusioni

L'indagine empirica ha rivelato che nel mondo delle imprese esiste sensibilità e interesse per il tema della prevenzione dei reati d'impresa, come conferma l'elevato livello di adeguamento delle società di capitali di media e grande dimensione alle prescrizioni del d. lgs. 231/01, a sette anni dalla sua entrata in vigore. Il 75% delle società che ha partecipato all'indagine ha, infatti, adottato un modello organizzativo di prevenzione dei reati e protocolli specifici per prevenire la criminalità d'impresa.

L'adeguamento alla disciplina in esame riguarda soprattutto le società di media e grande dimensione mentre, in linea di massima, non si conformano ad essa gli enti di piccole dimensioni.

Questo dato si spiega, da un lato, per i costi elevati di attuazione, dall'altro lato con riguardo alle strutture organizzative meno complesse proprie delle piccole imprese, che non giustificano la predisposizione di procedure articolate di controllo. Si comprende perciò l'opzione delle piccole imprese di non conformarsi a una normativa troppo articolata che implica sforzi eccessivi di organizzazione e di impegno economico (in proporzione ai fini). La mancata considerazione di un diverso trattamento per gli enti di piccole e di grandi dimensioni costituisce un evidente limite della normativa di cui si deve tener conto in sede di applicazione della disciplina, nella valutazione dei presidi organizzativi e delle responsabilità degli enti.

Il principale contributo positivo che deriva dall'ingresso del d. lgs. 231/01 nel nostro ordinamento, e che trova conferma nell'indagine effettuata, è rappresentato dal riconoscimento del valore delle procedure organizzative come strumenti per assicurare il buon governo dell'impresa. Inoltre, la normativa ha rappresentato l'occasione per ripensare in modo radicale l'efficienza delle strutture organizzative dell'impresa e dei controlli interni.

Tenendo presente che l'adozione del modello organizzativo è su base volontaria e che l'integrazione e implementazione degli stessi determina costi rilevanti per le imprese, le società che hanno scelto di uniformarsi al d. lgs. 231 hanno investito per realizzare modelli concretamente idonei alla prevenzione dei reati. Vale la pena di ricordare che, ai fini dell'esclusione della responsabilità, non sembra essere sufficiente l'adozione di protocolli e procedure di pura forma, che non si traducano in concrete misure di prevenzione dei reati.

Per adeguarsi alla disciplina del d. lgs. 231/01, l'86% delle società campione ha ritenuto utile costituire un gruppo di lavoro composto per lo più da funzioni aziendali interne. Inoltre, l'88% delle società che ha costituito un gruppo di lavoro si è anche rivolto a consulenti esterni.

In questa prospettiva si apprezza la scelta di coinvolgere, come ausilio alle funzioni interne dell'impresa nell'attuazione del d. lgs. 231, consulenti dotati di specifiche competenze e professionalità, soprattutto in campo giuridico e economico aziendale. Come ha rivelato l'indagine, i consulenti sono stati coinvolti sia nelle fasi iniziali di predisposizione dei modelli organizzativi, sia per aggiornare e integrare gli stessi.

Scambi di professionalità tra esperti nelle materie rilevanti per il d. lgs. 231 e funzionari e dirigenti d'azienda migliorano la conoscenza della *governance* d'impresa. Questa scelta, anche se comporta un aggravio di costi per le imprese, è in linea con le più avanzate posizioni assunte anche negli Stati Uniti, in cui da tempo si è diffusa la cultura dei *Compliance Programs*.

L'analisi condotta ha mostrato che le società campione hanno adottato il modello organizzativo già a partire dal 2001 con un picco di adeguamento a distanza di un paio di anni dall'entrata in vigore del d. lgs. 231.

Nella maggior parte dei casi il modello è stato predisposto dal CdA, anche se spesso coadiuvato dal gruppo di lavoro e/o dai consulenti esterni. Il 95% del campione ha individuato, attraverso l'uso di questionari o interviste mirate alle funzioni aziendali, aree

di rischio di reato all'interno della propria impresa. In conseguenza di ciò, tutte le società hanno ritenuto necessario predisporre presidi e controlli per prevenire i reati. La gamma delle procedure adottate è varia, spaziando da adempimenti più formali (es. sola adozione del codice etico) a procedure elaborate che consentono di monitorare costantemente l'attività d'impresa.

Alcune critiche possono essere mosse anche alla tendenza legislativa di incrementare l'elenco dei reati per i quali è prevista la responsabilità penale dell'ente. L'adozione di questa tecnica normativa rende, infatti, difficile e costosa la predisposizione di modelli organizzativi adeguati perché: *i*) un modello organizzativo che pretenda di prevenire un numero elevato di reati eterogenei rischia di essere, nel concreto, meno stringente di uno mirato alla prevenzione di specifiche condotte criminose; *ii*) i costi che devono essere sopportati dalle società per attuare il sistema 231, oltre ad essere elevati, sono difficilmente valutabili *ex ante*.

Il costante ampliamento delle ipotesi di reato pone anche un problema in relazione all'aggiornamento dei modelli organizzativi. Ad oggi, il 91% delle società ha ritenuto opportuno quantomeno integrare l'originario modello e una gran parte di esse ha già approvato un nuovo modello organizzativo per adeguarlo alle nuove previsioni di reato introdotte dalla legge. Ciò nonostante, per le più recenti novità, quale ad esempio la responsabilità dell'ente in caso di infortuni sul lavoro, il 74% del campione ha dichiarato di non avere ancora provveduto ad aggiornare il modello.

L'esigenza di aggiornamento dei modelli rileva anche sotto il profilo dei costi. Le spese sostenute per predisporre e adeguare il modello organizzativo sono infatti in percentuale le più rilevanti, soprattutto

per quel che riguarda i costi sopportati per la remunerazione dei consulenti esterni.

Oltre che sulla predisposizione e aggiornamento dei modelli organizzativi, l'indagine si è soffermata anche sulle modalità in cui viene assicurata la vigilanza sull'attuazione del d. lgs. 231 nel tempo da parte dell'OdV, che è l'organo cui è affidata la responsabilità sulla concreta attuazione del modello. I dati hanno mostrato con evidenza l'importanza del ruolo dell'OdV nel sistema 231. Proprio in questa prospettiva, l'85% delle società ha anche ritenuto opportuno attribuire risorse finanziarie all'OdV.

Si è visto come nell'86% dei casi questo soggetto abbia una composizione collegiale e non monocratica e per lo più sia caratterizzata dalla presenza di professionalità interne e esterne all'impresa. Tra le professionalità interne si registra spesso la presenza di almeno un componente dell'*internal auditing*; tra quelle esterne, di avvocati. Solo per gli enti di piccola dimensione la legge consente che l'OdV coincida con l'organo gestorio, per non aggravare eccessivamente la struttura aziendale.

Il campione ha dichiarato che i poteri e le competenze attribuite all'OdV sono quasi sempre determinati dal Consiglio di amministrazione o comunque dall'organo gestorio e che, nella totalità dei casi, gli OdV sono dotati dei poteri necessari all'adempimento del loro incarico grazie al fatto che sono predeterminate le regole di funzionamento di questo organo.

Particolare attenzione è stata dedicata dalle società intervistate ad assicurare che l'OdV abbia le caratteristiche di indipendenza

e autonomia necessarie per il corretto svolgimento dei propri compiti, preferendo soggetti esterni alla società (es. consulenti) e che non hanno ruoli gestionali (es. amministratori indipendenti); oppure stabilendo che debbano riportare direttamente ai vertici societari. Minore valore è stato invece attribuito alla sottoscrizione di dichiarazioni di assenza di cause di incompatibilità, ritenendosi preferibile rimettere ai singoli componenti dell'OdV il compito di segnalare le eventuali cause di incompatibilità che li riguardino anche in corso di mandato.

Inoltre, tutte le società hanno dichiarato che il proprio OdV riferisce periodicamente all'organo di gestione, seppure con cadenze variabili società per società; mentre il 75% delle medesime società ha precisato di riferire, anche in questo caso con cadenza variabile, oltre che all'organo di gestione, anche al Collegio sindacale o ad altri organi di controllo. Lo scambio costante (e tempestivo in caso di necessità) di informazioni tra l'OdV e gli organi societari è dunque percepito, a ragione, come essenziale per realizzare l'obiettivo della prevenzione dei crimini d'impresa.

Peraltro, nel diritto dell'impresa è principio consolidato ormai quello per cui per una buona gestione è necessaria la predisposizione di efficienti flussi informativi endosocietari. A conferma di ciò, gli art. 2381 ss. c.c. prevedono che tra gli amministratori e il CdA vi sia un costante scambio di informazioni per assicurare il buon governo della società e che le informazioni rilevanti devono circolare anche verso gli organi di controllo interno ed esterno alla società. Appare evidente che, anche dal punto di vista della 231, deve essere assicurata la possibilità all'OdV di svolgere la propria funzione di controllo, ponendolo a conoscenza di tutti i fatti rilevanti all'interno

dell'impresa e delle criticità che possono venire in evidenza.

L'indagine condotta ha, inoltre, confermato l'esigenza di assicurare un miglior coordinamento tra attività dell'OdV e attività degli altri organi di controllo interno dell'impresa, in vista della migliore attuazione possibile del principio, ormai ampiamente condiviso, della "compliance integrata".

La mancanza di disposizioni normative dedicate all'attuazione del d. lgs. 231 nei gruppi societari è un'ulteriore lacuna della normativa non priva di implicazione pratiche. Come riflesso dell'assenza di indicazioni da parte del legislatore si è verificata una mancanza di omogeneità anche nelle soluzioni concrete adottate dalle società campione. Se il 78% delle società controllate ha ricevuto precise indicazioni dalla capogruppo sulle modalità di attuazione del d. lgs. 231, le altre, anche non indirizzate, hanno comunque tenuto conto della propria appartenenza ad un gruppo.

Il problema del coordinamento delle attività di controllo è massimamente avvertito in presenza di gruppi societari. In molti casi si è ritenuto utile prevedere la presenza di un OdV per ciascuna società del gruppo che abbia scelto di adeguarsi al d. lgs. 231/01, prevedendo però le più variegate forme di coordinamento tra i diversi organismi di vigilanza e, soprattutto, con l'OdV della capogruppo.

Solo, infatti, se si delineano con chiarezza ruoli, competenze e responsabilità di ciascun "controllore" dell'attività d'impresa (non solo a livello normativo, ma anche di organizzazione aziendale), si può pervenire al risultato auspicato di razionalizzare e semplificare

il regime dei controlli, senza aggravare la struttura organizzativa e senza incidere eccessivamente sui costi per la prevenzione e per la vigilanza dei rischi d'impresa.

Qualche considerazione va svolta anche con riguardo al tema dell'etica d'impresa, che ha un riflesso diretto sul tema 231, dal momento che il reato viene commesso più facilmente laddove manchi una base di valori etici condivisi. Le società hanno attribuito particolare importanza alla condivisione di principi etici comuni e alla formazione interna dei dipendenti.

La percentuale di adozione di codici etici è pari al 98% delle società intervistate e il 99% del campione ha fornito un'informazione specifica sul tema del d. lgs. 231/01 ai propri dipendenti e agli organi societari, preoccupandosi anche, nel 76% dei casi, di organizzare i corsi di aggiornamento. Minore attenzione è stata dedicata alla sensibilizzazione dei consulenti e dei partner commerciali i quali, invece, spesso rivestono ruoli di grande rilievo, potendo commettere o facilitare la commissione di reati nell'interesse o vantaggio dell'impresa. In questo dato si riscontra una debolezza comune a tutto il campione.

La valorizzazione delle regole di organizzazione orienta il comportamento degli operatori e favorisce la formazione di un ambiente all'interno dell'impresa che sollecita l'adozione di atteggiamenti virtuosi.

Anche l'interesse suscitato per la responsabilità sociale d'impresa evidenzia la sensibilizzazione delle imprese al perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto alla massimizzazione del profitto, obiettivi

che si perseguono attraverso il dialogo con tutti gli attori sociali (cc.dd. “*Stakeholders* interni e esterni all’impresa”). La teoria della *Corporate Social Responsibility* si fonda infatti su una visione dell’impresa come apportatrice non solo di ricchezza valutata sulla base del danaro, ma anche di altre utilità, assegnando cioè all’impresa stessa un ruolo positivo per la crescita e lo sviluppo corretto delle comunità in cui opera.

Il cammino che è stato avviato nel 2001 si inserisce perciò in un percorso che intende porre al centro dell’attenzione soprattutto l’adeguatezza organizzativa, assicurata attraverso un’attenta analisi dell’attività, oltre che come parametro per valutare la responsabilità del singolo e dell’ente per i reati commessi all’interno dell’impresa, anche come un modo per far assumere sempre più consapevolezza a chi opera all’interno dell’impresa del valore del controllo sull’attività di impresa per prevenire i rischi connessi all’attività medesima.

Allegato

Questionario

Questionario sui modelli organizzativi

1. Informazioni generali

1.1 La Vs. Società ha adottato un modello organizzativo ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 231/01?

- SI
- NO

1.2 E' stato costituito un gruppo di lavoro interno con il compito di analizzare i riflessi della normativa introdotta dal d. lgs n. 231/2001, anche tenendo conto delle eventuali Linee guida delle Associazioni di categoria?

- SI
- NO
- Se sì quali funzioni aziendali vi hanno preso parte?

1.3 Avete coinvolto consulenti esterni?

- SI
- NO

1.4 In quale data è stata adottata la delibera del Consiglio di Amministrazione relativa all'adozione del d. lgs. 231?

.....

1.5 A chi è stato affidato il compito di predisporre il modello organizzativo?

- al Consiglio di amministrazione
- ad un singolo amministratore
- al comitato di controllo interno
- ad altri (nel caso specificare a chi)

2. Modello organizzativo

2.1 E' stata svolta un'indagine volta ad individuare le attività ed i settori a rischio per la commissione di uno dei reati previsti dal d. lgs. 231 (c.d. mappatura dei rischi) ?

- SI
- NO

2.2. Se sì, come avete proceduto (avete mandato questionari alle varie aree, avete accentrato l'indagine presso un ufficio seguendo l'organigramma-funzionigramma ecc.)?

2.3. Dalla mappatura delle attività sono emerse aree a rischio?

- SI
- NO

2.4 Avete predisposto protocolli (regole interne, codici di comportamento) diretti a proceduralizzare le attività a rischio ovvero quali presidi preventivi avete adottato in relazione alle attività risultate a rischio?

.....

2.5 Disponete di protocolli specifici in relazione ai reati c.d. societari e al *market abuse*?

- SI
- NO

3. Organismo di vigilanza

3.1 L'organismo di vigilanza (OdV) ha una composizione:

- monocratica
- collegiale

3.2. L'OdV:

- è una funzione *ad hoc* costituita da professionalità interne alla società o esterne ad essa (Se sì specificarne la composizione)
-

- è stato identificato con la funzione di *internal auditing*
- è un organismo composto da soli amministratori non esecutivi o indipendenti, secondo il modello

- del comitato di *audit*
 - altro (descrivere la soluzione adottata)
-

3.3. Quali sono le competenze ed i poteri attribuiti a tale organismo?

.....

3.4 Tali competenze e poteri sono:

- stati attribuiti dal Consiglio di Amministrazione
- autodeterminati dallo stesso Organismo di Vigilanza

3.5 Le regole organizzative e di funzionamento dell'OdV sono individuate (es. il numero minimo delle riunioni, obblighi di informativa verso il consiglio)?

- SI
- NO

3.6 L'organismo deve riferire al Consiglio di Amministrazione dell'attività svolta?

.....

3.7 Se sì, con quale cadenza?

.....

3.8 E' prevista una informativa dell'attività svolta dall'organismo di vigilanza:

- all'assemblea
- al Collegio sindacale o ad altri organi di controllo
- al Comitato di controllo interno
- a tutti questi soggetti

3.9 Se si, con quale cadenza?

.....

3.10 L' Organismo dispone di risorse finanziarie?

- SI
- NO

3.11 Come è garantita l'indipendenza dei componenti l'organismo?

.....

3.12 I membri dell'organismo di controllo hanno dovuto sottoscrivere una dichiarazione di assenza di cause di incompatibilità per lo svolgimento della funzione?

.....

4. Gruppi di società

4.1 Se la Vostra società fa parte di un gruppo, la capogruppo ha impartito alle controllate indicazioni in merito a soluzioni organizzative relative al d. lgs n. 231/2001 cui le controllate si

sono uniformate?

- SI
- NO

4.2 Se no, il modello organizzativo tiene conto comunque dell'appartenenza della società ad un gruppo?

.....

4.3 L'OdV è presente in tutte le società del gruppo ovvero è accentrato presso la capogruppo?

.....

4.4 Esistono forme di coordinamento/collegamento tra gli organismi di vigilanza all'interno del gruppo?

- SI
- NO

4.5 Se sì, quali?

.....

5. Informazioni

5.1 E' stata fornita un'informativa specifica (a dipendenti, amministratori, sindaci, collaboratori, ecc.) sulle regole introdotte in funzione dell'adeguamento alle previsioni del d. lgs n. 231/2001?

- SI
- NO

5.2 Se sì, con quale strumento?
.....

5.3 I dipendenti sono stati informati della creazione di un Organismo di Vigilanza?

- SI
- NO

5.4 Se sì, sono previsti dei canali di comunicazione diretti tra il dipendente e l'organismo che il dipendente può utilizzare per segnalare anomalie riscontrate?

- SI
- NO

5.5 Sono stati effettuati corsi di aggiornamento per il personale con riguardo al d. lgs. n. 231/2001?

- SI
- NO

5.6 E' stata prevista la consegna/accettazione del modello organizzativo anche ad eventuali collaboratori esterni (consulenti, ecc.)?

- SI
- NO

5.7 Il sistema disciplinare aziendale tiene conto del d. lgs n. 231/2001?

- SI
- NO

5.8 Sono previste forme sanzionatorie espresse per i membri degli organi di amministrazione ?

- SI
- NO

5.9 Se sì, quali?
.....

5.10 Avete un codice etico nel quale sono contenute le regole cui si ispira la società nella propria attività e a cui tutti i suoi dipendenti/ rappresentanti si devono uniformare nell'esercizio delle proprie funzioni?

- SI
- NO

5.11 Il codice etico è richiamato dal modello organizzativo adottato ai sensi del d. lgs n. 231/2001?

- SI
- NO

6. Aggiornamento modelli organizzativi

6.1 Il modello organizzativo ha richiesto interventi successivi alla sua adozione per integrare il contenuto alla luce delle successive modifiche legislative apportate al d. lgs. n. 231/01 o su suggerimento dell'Organismo di vigilanza?

- SI
- NO

6.2. Il Vostro Consiglio di Amministrazione:

- ha approvato un modello organizzativo ai sensi del d. lgs n. 231/2001 *ex novo*
- ha valutato il contenuto del d. lgs n. 231/2001 e ha ritenuto che la società fosse già sostanzialmente in linea con le prescrizioni introdotte dal decreto limitandosi ad un mero aggiornamento

6.3 Il modello organizzativo tiene conto delle modifiche introdotte dalla recente l. 3 agosto 2007 n. 123, in materia di infortuni sul lavoro

- SI
- NO

7. Costi

7.1 E' stata effettuata una valutazione dei costi affrontati dalla società per l'attuazione del modello organizzativo? (es. consulenti esterni; ore/lavoro dipendenti; formazione dipendenti ecc.)?

- SI
- NO

7.2 Sono stati coinvolti consulenti esterni per la predisposizione del Modello?

- SI
- NO

7.3 Se sì, quali?

- Avvocati
- Revisori/società di revisione
- Esperti di organizzazione/società di consulenza
- Altro (specificare)

7.4 Se sì, la consulenza

- ha riguardato solo la vostra società
- ha riguardato anche altre società del gruppo

7.5 Se sì, la consulenza

- è stata relativa alla sola predisposizione iniziale del modello
- ha compreso anche una fase iniziale di formazione del personale
- continua per la fase di attuazione e aggiornamento

7.6 I costi sostenuti dalla società per la predisposizione iniziale del modello sono relativi a:

- consulenze
- adeguamento software
- costo del personale interno impiegato nella predisposizione del modello
- altro (specificare)

7.7 La società (o il gruppo) dispone di personale dedicato all'attuazione/vigilanza sull'osservanza del modello?

- SI
- NO

7.8 I costi annualmente sostenuti dalla società per l'attuazione/vigilanza sull'osservanza del modello sono relativi a:

- consulenze
- adeguamento software
- costo del personale interno impiegato nell'attuazione/vigilanza del modello
- remunerazione componenti dell'OdV
- eventuale budget dell'OdV
- altro (specificare)

7.9 Qual è l'ammontare dei costi complessivi per la *compliance* del d. lgs. 231/2001 (in €?)

- fino a 10.000,00
- <10.001,00<50.000,00
- <100.001,00<200.000,00
- oltre 200.001,00

Di cui:
per la predisposizione del modello organizzativo:

- fino a 10.000,00
- <10.001,00<50.000,00
- <100.001,00<200.000,00
- oltre 200.001,00

per l'attuazione e l'aggiornamento del modello organizzativo:

- fino a 10.000,00
- <10.001,00<50.000,00
- <100.001,00<200.000,00
- oltre 200.001,00

7.10 Se la società appartiene a un gruppo qual è l'importo complessivamente sostenuto per le altre società del gruppo:

- fino a 10.000,00
- <10.001,00<50.000,00
- <100.001,00<200.000,00
- oltre 200.001,00

Pubblicazione a cura di

assonime

Associazione fra le società
Italiane per azioni

Roma, maggio 2008

Progetto grafico a cura di

afterPIXEL