



## ARTICOLI



*D.Lgs. 231/2001.  
Idoneità del Modello (MOG),  
natura e funzionamento  
dell'Organismo di Vigilanza (O.d.V.)*

**I**l D.Lgs. 231/2001 (da Legge Delega n. 300 del 29/09/2000), comunemente ed erroneamente chiamato “**la 231**”, è la norma che disciplina la **responsabilità amministrativa** delle persone giuridiche, società ed associazioni anche prive di personalità giuridica.

L'azienda, in pratica, come organizzazione, viene ritenuta **co-responsabile** del reato che sul piano penale è attribuito ad una o più persone fisiche. Ovviamente ci si chiederà: l'Azienda “chi”?

Ecco chi sono i protagonisti, ovvero i potenziali *Soggetti Attivi* **possibili rei di “231”**:

- SPA (anche con partecipazioni Statali)
- SRL
- Società estere con sede secondaria nello stato di riferimento
- Società di intermediazione mobiliare
- Imprese di investimento a capitale variabile
- Società di investimento e gestione fondi comuni
- Società di revisione
- Società sportive
- Società cooperative
- Mutue assicuratrici
- Società semplici
- S.n.c. e S.a.s.
- Società di fatto e società irregolari
- Società miste e pubbliche

In questo elenco, **indicativo e non esaustivo**, ad oggi, vanno annoverati anche:

- Enti pubblici economici (persona giuridica di gestione di attività d'impresa)

- Associazioni non riconosciute (anche ONLUS)
- Fondazioni (anche bancarie)
- Società provate appaltatrici opere pubbliche
- Cessionarie finanziamenti statali
- Imprese committenti in appalti affidati a lavoratori autonomi

Resta inteso che le norme del decreto non potranno applicarsi a:

- Stato
- Enti pubblici territoriali (Regione, Province, Comuni)
- Enti pubblici non economici (si tratta di tutti quegli enti pubblici che, anche se privi di pubblici poteri, svolgono servizi d'interesse collettivo senza finalità di lucro. Sono enti che si pongono in funzione strumentale rispetto allo Stato, ad esempio l'INPS, l'INAIL, la Croce Rossa etc.)
- Enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (Parlamento, Corte Cost. etc.)

La ragione appare evidente: l'applicazione di sanzioni interdittive nei confronti di questi soggetti impedirebbe l'esercizio di funzioni istituzionali, e l'applicazione di sanzioni pecuniarie finirebbe per ricadere sui contribuenti.

Per quanto concerne, invece, le Imprese individuali, la giurisprudenza ad oggi è combattuta, ma si tende, sostanzialmente, ad evitare l'estensione della cosiddetta analogia in *malam partem*: nell'impresa individuale, infatti, il patrimonio dell'ente non è autonomo rispetto a quello dell'imprenditore, pertanto potrebbe incorrere nel pericolo del c.d. *ne bis in idem*.

I soggetti attivi devono riconoscersi in **Soggetti qualificati**, ovvero:

- **Soggetti Apicali**: nel caos di commissione di un reato presupposto da parte di un Apicale, l'ente sarà considerato *sempre* responsabile e vi sarà sempre inversione dell'onere della prova a carico dell'ente che dovrà provare di avere adottato un MOG adeguato ed efficace (presunzione relativa di responsabilità - di colpa). Ciò perché vi è una **immedesimazione organica** del rappresentante e dell'ente (l'ente infatti nel suo rappresentante potrà partecipare al processo penale);
- **Soggetti Sottoposti** all'altrui direzione: in questo caso, invece, non vi sarà presunzione di colpa, ma l'ente sarà responsabile solo se il reo ha eluso un sistema MOG valido ed efficace.

## Natura della responsabilità

La L. 300/2000 per la prima volta configura la responsabilità in sede penale degli Enti, che si aggiunge a quella della persona fisica che materialmente ha realizzato il fatto illecito (art. 11 L. 300/2000).

La suddetta responsabilità viene configurata come amministrativa, al fine di non violare l'art. 27 Cost. secondo il quale la responsabilità penale è personale.

Pertanto, tale responsabilità dovrà intendersi: “formalmente” amministrativa, perché non potranno che irrogarsi sanzioni economiche (e/o interdittive), trattandosi di ente e non di persona fisica, ma “sostanzialmente” penale poiché l'ente subirà un vero e proprio processo alla stregua delle norme del codice di procedura penale.

Ne deriva, dunque, un illecito amministrativo **a natura complessa**, una figura ibrida tra illecito penale ed illecito amministrativo.

## Funzione Compliance

L'obiettivo Compliance dell'Ente sarà quello di prevenire e sanzionare fenomeni di **criminalità di impresa** (cfr. i cosiddetti crimini d'impresa - “pacchetto sicurezza” Legge 92/2008 e “pacchetto sicurezza bis” Legge 94/2009).

La **colpevolezza di impresa** sarà forgiata sul modello penale statunitense, la cui matrice pratica prevede prima un adeguato sistema preventivo e successivamente una severa repressione normativa.

Dovrà sicuramente sussistere l'**elemento soggettivo**: dolo (precisa politica aziendale) o colpa (organizzativa e omessa vigilanza.)

Secondo il brocardo latino settecentesco *Societas delinquere non potest*, vi sarebbe una incapacità di fondo di azione dell'ente, in aggiunta al fatto che estendere la punizione ai soci incolpevoli violerebbe il disposto costituzionale di cui all'art. 27 co.1, oltre che vanificherebbe il principio di rieducazione della pena ex art. 27 co.3.

Tale brocardo considera ancora che debba escludersi una capacità di autodeterminazione e di una volontà criminosa (dolo o colpa) dell'ente.

Pertanto il giusto compromesso è stato ravvisato nel principio dell'**elemento soggettivo**, secondo il quale il reato (c.d. presupposto) debba essere commesso nell'**interesse** o a **vantaggio** dell'ente da soggetti apicali (coloro che rivestono funzioni di rappresentanza amministrazione o direzione dell'ente nonché anche di fatto la gestione dell'ente) o sottoposti alla direzione o vigilanza dei soggetti anzidetti.

L'ente non risponderà se tali soggetti hanno agito nell'interesse proprio o di terzi (art. 5). Si imputerà, pertanto, una colpa (organizzativa o societaria) in base alla quale, secondo il principio di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponderà *per fatto proprio*, non violando l'art. 27 Cost.



La colpa starà nella mancanza o nella violazione della corretta policy aziendale che rappresenta la “volontà” dell’ente. Cosa si imputerà dunque all’Ente?

Di non aver previsto o efficacemente attuato un **MOG** (Modello Organizzativo di Gestione e Controllo) idoneo a prevenire i reati commessi.

Il riscontro di tale mancanza costituirà la base per l'imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo.

La colpevolezza starà nell'omissione organizzativa e gestionale la quale costituirà la rimproverabilità posta a fondamento della fattispecie sanzionatoria.

I MOG atti a prevenire i reati presupposto dovranno seguire il seguente catalogo (art. 6 punto 2):

- a) Individuare l'attività di trattamento;
- b) Redigere Protocolli diretti a programmare attività;
- c) Modalità organizzativa della gestione delle risorse finanziarie;
- d) Obblighi di informazione all'O.d.V.;
- e) Sistema disciplinare idoneo.

Redigere un MOG non è obbligatorio ma costituisce un onere al fine delle ricorribilità della esimente (artt. 6 e 7). Ma cosa è un MOG?

**Il MOGC (Modello di Organizzazione, gestione e controllo)** è un insieme di regole comportamentali calibrate sul rischio reato, con una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali.



Non è una mera formalità, infatti il legislatore prevede due caratteri necessari per qualificare come documento idoneo all'esonero della responsabilità (art. 6 co. 2):

- Completezza formale;
- Concreta attuazione.

I criteri dovranno tener conto della natura e delle caratteristiche dell'ente, delle sue dimensioni e della peculiarità dell'attività svolta. Quali saranno, dunque, le esigenze da soddisfare:

1. Individuare attività;
2. Redigere protocolli decisionali in relazione ai reati da prevenire (individuare reati possibili per l'attività svolta);
3. Gestione risorse finanziarie per impedire i reati;
4. Obblighi di informazione nei confronti dell'O.d.V.;
5. Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto del modello.

Il mancato rispetto di anche una di questi criteri comporterà l'inefficacia e l'inidoneità del MOG.

Ovviamente, una volta implementato, il MOG dovrà esser costantemente aggiornato e revisionato in base alle vicende modificative della nature dell'ente e delle sue attività (art. 7 co.4).

Come si configura la responsabilità dell'Ente (art. 8)?

La responsabilità sarà:

- Diretta: non subordinata, cioè, a nessuna condizione sospensiva né sussidiaria ed alternativa rispetto a quella della persona fisica;
- Autonoma: non presuppone, cioè, un accertamento della colpevolezza né la condanna della persona fisica.

La responsabilità dunque sussiste anche quando:

- a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile
- b) il reato si estingue per cause diverse dall'amnistia (al quale l'ente può rinunciare).

**La realizzazione del sistema di prevenzione 231 sarà implementata secondo tre fasi:**

1) Fase di analisi:

- Individuazione ambiti rischi reato
- Analisi controlli preventivi
- Modello di sintesi e piano di implementazione

2) Fase implementativa

- Implementazione sistema controllo interno
- Definizione struttura
- Definizione aspetti procedurali

3) Monitoraggio

- Piano verifiche OdV
- Monitoraggio funzionalità Modello
- Aggiornamento rischi reato
- Indicatori monitoraggio e analisi

## Sanzioni

Per ogni processo aziendale che si rispetti deve essere sempre previsto un sistema di sanzioni.

Le sanzioni 231 prevedono un sistema binario:

- ✓ Sanzioni pecuniarie;
- ✓ Sanzioni interdittive.

Le sanzioni pecuniarie sono indefetibili, ovvero sempre applicate in caso di condanna e sono calcolate secondo il sistema delle cosiddette **quote** (Art. 10). Le quote non potranno mai essere inferiori a 100 né superiori a 1.000 ed ogni quota sarà calcolata da un minimo di € 258,00 ad un massimo di € 1.549,00

Con quale criterio il Giudice determinerà l'importo delle quote?

- ✓ Gravità fatto;
- ✓ Grado responsabilità;
- ✓ Attività *post delictum* e per prevenzione;
- ✓ Idoneità singola sanzione.

A spaventare l'ente, che magari potrebbe essere nelle condizioni economiche di far fronte alle sanzioni economiche, vi sono le sanzioni interdittive:

- a) Interdizione esercizio attività (definitiva quando condizioni di profitto rilevante o recidiva)
- b) Divieto contrarre P.A.;
- c) Sospensione o revoca autorizzazioni;
- d) Esclusioni agevolazioni o finanziamenti (revoca se già concessi);
- e) Divieto pubblicizzare beni e servizi.

Tali misure potranno essere applicate anche in misura cautelare, se ricorrono:

1. Gravi indizi di colpevolezza;
2. Rischio concreto commissione illeciti stessa indole.

Ad ogni modo sarà sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo la possibilità di risarcimento al danneggiato.

## Struttura del MOG?

La Struttura di un MOG prevede diverse sezioni:

### Parte generale

- 1) Descrizione struttura;
- 2) Descrizione organismi interni (ove presenti);
- 3) Sistemi di gestione area amministrativa e contabile (indispensabile per mappatura area a rischio reato);
- 4) Procura e deleghe: specifiche responsabilità gestionali affidate dal C.d.A.;



## Codice Etico

Il Codice Etico è un Codice Deontologico, nel quale viene enunciato l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti dei soggetti interessati, oltre che gli impegni e le responsabilità etiche nella condizione affari e attività aziendali.



Raccomanda, promuove e vieta determinati comportamenti.

### SCHEMA DI UN CODICE ETICO

| Introduzione              | Destinatari                   | Principi generali ispiratori    | Divieti                            |
|---------------------------|-------------------------------|---------------------------------|------------------------------------|
| Riferimenti Legislativi   | Informazione                  | Legalità                        | Dichiarazioni non veritiere        |
| Linee Guida               | Formazione                    | Onestà                          | Documenti e dati falsi             |
| Associazioni di categoria | Flusso informativo a O.d.V.   | Correttezza                     | Utilizzare artifici o raggiri      |
| Codice Deontologico       | Principi Etici di riferimento | Riservatezza delle informazioni | Prestazioni denaro per atti dovuti |
|                           |                               | Rispetto della persona          | Accedere privacy                   |
|                           |                               | Imparzialità e pari opportunità |                                    |

### Codice disciplinare

Al fine di rendere operativo e concreto il MOG, deve prevedersi un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

**Sanzioni:** diverse per ruoli e responsabilità degli apicali e dei sottoposti:

1. Richiamo forma scritta;
2. Sospensione temporanea;
3. Decadenza/Revoca carica sociale (per violazioni più gravi).

Possono essere previste come automatiche e come deliberazione C.d.A.

**Sanzioni per i Soggetti Terzi:** sempre richiamate nel contratto con il terzo:

1. Diffida al rispetto del Modello;
2. Applicazione di una penale;
3. Risoluzione contratto terzo (sempre proporzionale alla gravità).

### Organismo di Vigilanza

I MOG, per essere esimente, DEVONO prevedere l'istituzione di un Organismo di Vigilanza e Controllo (O.d.V.).

## REQUISITI DELL'O.d.V.

| Requisiti Generali                                 | Requisiti di azione                                         | Ineleggibilità                                                                             | Revoca                                             |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| Provata esperienza e professionalità               | Indipendenza (assenza di conflitti di interessi)            | Coniugio o parentela (entro 4° grado)                                                      | Solo per giusta causa                              |
| Autonomia                                          | Autonomia (incisivi poteri ispezione e vigilanza)           | Relazioni economiche con società (di rilevanza tale da condizionare autonomia di giudizio) | Grave inadempimento                                |
| Insindacabilità dell'operato                       | Professionalità (natura soggettiva e specifiche competenze) | Partecipazioni azionarie                                                                   | Sentenza condanna ente per omessa vigilanza O.d.V. |
| Libertà di accesso a struttura                     | Continuità di azione                                        | Deleghe e procure che possano intaccare indipendenza                                       | Prestazioni denaro per atti dovuti                 |
| Libertà di accesso a informazioni                  | Imparzialità                                                | Interdetto, inabilitato, fallito                                                           | Accedere privacy                                   |
| Apposito budget                                    |                                                             | Misure prevenzione (salvo riabilitazioni)                                                  | Sentenza condanna membro O.d.V.                    |
| Possibilità ausilio struttura o consulenti esterni |                                                             | Condanna, salvo riabilitazione, per reati presupposto                                      |                                                    |

## FUNZIONI E POTERI DELL'O.d.V.

| Attività di controllo                           | Attività di informazione                                                  | Report                                                                                                                     | Oggetto dei Report              |
|-------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|
| Ricognizione attività aziendali e aggiornamento | Obbligo per commissione reati e per comportamenti non in linea con il MOG | Annuale: il report sarà rivolto agli organi sociali, i quali sono gli unici a poter modificare il MOG o applicare sanzioni | Criticità emerse                |
| Verificare efficacia e capacità prevenzione MOG | Valuta qualità delle informazioni                                         | Dimissioni o Revoca: il Report sarà comunque stilato sempre in caso di dimissioni o revoca dell'incarico                   | Grave inadempimento             |
| Monitorare validità temporanea modello e        | Criteri: <ul style="list-style-type: none"> <li>Selettività</li> </ul>    | Secondo necessità: ad ogni evento critico o se richiesto                                                                   | Attività che non si sono potute |

|                                                                                                          |                                                                                                                                                      |                   |                                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|------------------------------------------------|
| procedure                                                                                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tempestività</li> <li>• Aggiornamento</li> <li>• Esattezza (precisione)</li> <li>• Accessibilità</li> </ul> | da organi sociali | svolgere e perché                              |
| Valutare solidità e funzionalità MOG nel tempo (verifiche periodiche presso strutture e a rischio reato) |                                                                                                                                                      |                   | Necessari interventi correttivi e migliorativi |
| Curare flusso informativo                                                                                |                                                                                                                                                      |                   | Stato attuazione del MOG                       |

### Analisi rischio reato

Analizzare il rischio in un Ente significa identificare aree di attività *sensibili* mediante:

1. Analisi e esame documentazione aziendale;
2. Interviste soggetti;
3. Analisi attività e struttura organizzativa;
4. Analisi di come possono essere attuati reati nel contesto operativo interno ed esterno (storia dell'ente, anche vicende giudiziarie);
5. Mappa attività aziendali.



Possibili attività a rischio:

1. Sensibili: rischio elevato commissione reati;
2. Strumenti: rischio base ma a contatto con attività sensibili a rischio elevato;

### Ciò significa: quali reati potrebbero essere commessi?

Una volta individuati i reati possibili e le modalità di commissione, occorre prevedere procedure operative per evitarne la commissione, come la redazione di Protocolli, ovvero misure idonee a ridurre il rischio reato coinvolgendo tutti i soggetti che operano in quelle attività.

I Protocolli devono essere:

1. Descrittivi (regole comportamentali e operative)
2. Tassativi
3. Principi Codice Etico in cautele concrete

## Parte speciale

La Parte Speciale sarà redatta con una mappatura di ogni tipo di reato presupposto, ovvero on l'analisi di:

1. Sintesi reato e modalità commissione;
2. Funzioni processi aziendali coinvolti;
3. Procedure di formazione e applicazione decisioni.

Solo con una adeguata procedura di analisi del rischio potrà redigersi una Parte Speciale concreta ed attuabile, soprattutto esimente ai sensi del D.Lgs. 231/2001.



## Conclusioni

Dall'analisi del sistema, dunque, può pacificamente evincersi che il MOG, e tutto il Protocollo 231, ad oggi, per l'Ente è l'unico vero strumento di tutela di prevenzione globale del rischio reato.