

Materiale didattico per il corso di Internal Auditing

Anno accademico 2011-2012

Università di Macerata
Facoltà di Economia

Obiettivo della lezione

- Il D.Lgs. 231/2001:
- La normativa 231/2001
 - Il concetto di “numerus clausus” di reati
 - Il concetto di “responsabilità
 - L’Interesse o Vantaggio
 - Chi può compiere un reato ex D.Lgs. 231/01?
 - I reati
 - L’onere della prova
 - L’esimente
 - Il Modello organizzativo
 - Le sanzioni
 - L’Organismo di vigilanza
 - Principali responsabilità dell’ODV
 - Poteri dell’ODV
 - Flussi informativi dell’ODV

Le fonti normative del D.Lgs. 231/01

Le origini della Normativa

- Il Decreto Legislativo 231 dell'8 giugno 2001 che introduce la **“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”**, ha adeguato la normativa italiana in materia di responsabilità delle persone giuridiche ad alcune convenzioni internazionali cui l'Italia aveva già da tempo aderito:
 - - la Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee;
 - - la Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997 sulla lotta alla corruzione nella quale sono coinvolti funzionari della Comunità Europea o degli Stati Membri;
 - - la Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche ed internazionali.

Il concetto di “numerus clausus” di reati

- E' importante evidenziare che la responsabilità dell'Ente sussiste **esclusivamente nel caso di commissione di uno dei reati previsti dal Decreto stesso**. Infatti il Decreto, che nel suo testo originario contemplava esclusivamente una serie di reati contro la Pubblica Amministrazione, oggi contempla ulteriori fattispecie di reato (dai Reati Societari ai Reati Ambientali, questi ultimi recentemente introdotti).

La “responsabilità amministrativa” degli Enti (1/2)

Il concetto di “responsabilità

- La responsabilità di cui al D.Lgs. 231/2001 è stata chiamata “amministrativa” solo in ragione degli ostacoli derivanti **dall’art. 27 della Costituzione**, (“**la responsabilità penale è personale**”), che escluderebbe una responsabilità penale della persona giuridica. In realtà, la disciplina di cui si tratta, su impulso dell’Unione Europea e dell’OCSE, introduce una vera e propria **responsabilità penale della persona giuridica**, definita “amministrativa” per una sorta di compromesso “lessicale”.

L’Interesse o Vantaggio

- È opportuno evidenziare che la “responsabilità amministrativa” sorge soltanto nelle ipotesi che la condotta illecita sia stata realizzata nell’**interesse** o a **vantaggio** dell’Ente. Dunque, non soltanto allorché il comportamento illecito abbia determinato un effettivo vantaggio (patrimoniale o meno) per l’ente, ma anche nell’ipotesi in cui, pur in assenza di tale risultato, il fatto-reato trovi ragione nell’interesse dell’ente.

La “responsabilità amministrativa” degli Enti (2/2)

Chi può compiere
un reato ex D.Lgs.
231/01?

I reati previsti dal Decreto possono essere compiuti dai seguenti soggetti:

(a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione degli Enti stessi o di una loro unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone fisiche che esercitino, anche di fatto, la gestione e il controllo degli Enti medesimi (c.d. “**soggetti in posizione apicale**”);

(b) persone fisiche sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti sopra indicati (c.d. “**soggetti subordinati**”).

La responsabilità è esclusa, quindi, “nei casi in cui l’autore abbia commesso il reato nell’esclusivo interesse proprio o di terzi” (art. 5, comma 2, DLgs 231/01).

L’onere della prova

Nel primo caso (reato commesso da soggetti in posizione apicale) l’onere della prova di elusione fraudolenta del Modello è in capo alla Società mentre nel secondo caso (reato commesso da soggetti subordinati) l’onere della prova è in capo al Pubblico Ministero.

I reati contemplati dal decreto (al 13 marzo 2012) - 1/2

DLgs 231/2001

Artt. 24-25

Reati contro la Pubblica
Amministrazione

DLgs 48/2008

Art.24 bis

Delitti informatici e trattamento
illecito di dati

L. 24/2009

Art.24 ter

Delitti di criminalità organizzata

L. 409/ 2001

Art.25 bis

Reati di falsità in monete, in
carte di pubblico credito e in
valori di bollo

L. 99/2009

Art. 25 bis 1

Delitti contro l'industria e il
commercio

DLgs 61/2002

Art. 25 ter

Reati societari

L. 7/2003

Art. 25 quater

Delitti con finalità di terrorismo o
di eversione dell'ordine
democratico

L. 7/2006

Art. 25 quater 1

Pratiche di mutilazione degli
organi genitali femminili

L. 228/2003

Art. 25 quinquies

Delitti contro la personalità
individuale

I reati contemplati dal decreto (al 13 marzo 2012) - 2/2

L. 62/2005

Art.25 sexies
Market Abuse

L. 123/07 – DLgs 81/08

Art.25 septies
Reati in materia di salute e
sicurezza sul lavoro

DLgs 231/2007

Art.25 octies
Ricettazione, riciclaggio e impiego
di denaro, beni o utilità di
provenienza illecita

L. 633/1941

Artt. 25 novies
Delitti in materia di violazione del
diritto d'autore

L. 116/2009

Artt. 25 decies
Induzione a non rendere
dichiarazioni o a rendere
dichiarazioni mendaci
all'autorità giudiziaria

DLgs. 152/2006

Art.25 undecies
Reati Ambientali

L. 146/2006

L.146/2006
Reati transnazionali

L'esclusione di responsabilità - 1/2

L'esimente

La società o l'ente può invocare l'esonero da responsabilità (ex art. 6 del Decreto) se è in grado di dimostrare, in occasione di un procedimento penale relativo a uno dei reati considerati, **di avere adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire la realizzazione degli illeciti**. Per fruire del cd. "esimente", occorre anche l'istituzione di uno specifico organo di controllo interno all'ente, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, con il compito di vigilare sulla reale efficacia del modello (cd. **Organismo di Vigilanza**).

Modello 231 per l'esclusione di responsabilità

Affinché la società o l'ente possa invocare l'esonero da responsabilità, il modello deve presentare adeguate caratteristiche sia sotto il profilo della progettazione che dei successivi aggiornamenti.

In particolare, il modello deve essere in grado di :

- ✓ accertare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- ✓ identificare protocolli operativi orientati a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- ✓ individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire il compimento dei reati;
- ✓ prevedere obblighi informativi nei confronti dell'organismo di vigilanza;
- ✓ introdurre un efficace sistema sanzionatorio per i casi di mancato rispetto delle misure indicate nel modello stesso.

L'esclusione di responsabilità - 2/2

Modello 231 per l'esclusione di responsabilità

Il Modello 231 deve essere in grado di reagire al cambiamento e deve prevedere una particolare attenzione alla comunicazione degli standard e delle procedure a tutto il personale.

In sintesi, il modello deve essere:

- ☐ **efficace**, in grado di cogliere “red flags” anche per gli illeciti connessi
- ☐ **specifico**, tagliato “su misura” (**mappatura delle attività a rischio**)
- ☐ **dinamico**, capace di adeguarsi al cambiamento.

Il Modello quindi, oltre ad essere una delle condizioni esimenti ai fini della Normativa 231, migliora la cultura del rischio e del controllo nelle operazioni di business ed è di supporto a tutti coloro che operano in nome e per conto dell'azienda.

Obbligo di adozione dei Modelli

Il modello è adottato con delibera del Consiglio di Amministrazione.

L'adozione del modello è facoltativa. Tuttavia, poiché l'applicazione delle sanzioni sulla società incide pesantemente sugli interessi economici dei soci, vi è chi ipotizza che gli stessi soci – in caso di sanzione comminata alla società – potrebbero legittimamente esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che non hanno adottato il modello.

Le sanzioni a carico delle società

L'art.9 del Decreto Legislativo n. 231/2001 elenca tassativamente le **sanzioni irrogabili alle Società** di cui sia accertata la responsabilità:

- ☐ **sanzioni pecuniarie;**
- ☐ **sanzioni interdittive;**
- ☐ **confisca del profitto;**
- ☐ **pubblicazione della sentenza.**

In particolare, sono previste:

- sanzioni che devono sempre essere irrogate tutte le volte che sia stata accertata la sussistenza della responsabilità della Società (sanzione pecuniaria e confisca);
- sanzioni previste solo per alcune fattispecie di reato, nei casi ritenuti più gravi (sanzioni interdittive e pubblicazione della sentenza).

Le sanzioni a carico delle società

Sanzioni pecuniarie

Applicate in numero di quote compreso tra un minimo di 100 e un massimo di 1000 (raddoppiate per i reati societari in base a quanto previsto dalla Legge sul Risparmio n. 262/2005). L'importo di una quota varia da un minimo di €258,23 a un massimo di €1549,37. Nel caso del "market abuse", qualora il prodotto o il profitto conseguito dall'ente sia di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a 10 volte tale prodotto o profitto.

Sanzioni interdittive

Le sanzioni interdittive possono essere irrogate:

- *in via cautelare nel corso del procedimento penale di accertamento del reato;*
- *dal giudice penale.*

Interdizione, per un periodo non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni, dall'esercizio di:

- a) un'attività, con la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività medesima;
- b) contrattare con la Pubblica Amministrazione;
- c) ottenere agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale sospensione di quelli già concessi;
- d) pubblicizzare beni o servizi.

Confisca

Effettuata ad opera dell'Autorità Giudiziaria, del prezzo o del profitto generati dal reato, fatta eccezione per la parte che può essere resa al danneggiato e fatti salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede.

Pubblicazione della sentenza

Può affiancarsi, a discrezione del Giudice, alla sanzione di natura interdittiva ed è effettuata a spese della Società, per una sola volta, per estratto o per intero, in uno o più giornali indicati dal Giudice e mediante affissione nel Comune dove si trova la sede principale della Società.

L'Organismo di Vigilanza - 1/2

L'Organismo di Vigilanza deve possedere i seguenti **requisiti**:

Autonomia e indipendenza

- ✓ **Autonomia e indipendenza:** ai fini di garantire piena autonomia di iniziativa all'Organismo e di preservarlo da qualsiasi forma di interferenza e/o condizionamento, si prevede che l'OdV:
 - sia privo di compiti operativi affinché non sia compromessa la sua obiettività di giudizio;
 - non sia soggetto al potere gerarchico e disciplinare di alcun organo o funzione societaria;
 - sia dotato di un budget adeguato.

Professionalità

- ✓ **Professionalità:** è necessario che l'OdV possieda un insieme delle conoscenze, degli strumenti e delle tecniche necessarie per lo svolgimento dell'attività assegnata, sia di carattere ispettivo (assurance) che consulenziale. Assume quindi rilevanza sia la conoscenza delle materie giuridiche inerenti il Decreto, sia un'adeguata competenza in materia di auditing e controlli aziendali.

L'Organismo di Vigilanza - 2/2

Continuità d'azione

- ✓ **Continuità d'azione:** per poter garantire una costante ed efficace attuazione del Modello, l'OdV dovrebbe essere un organismo dedicato precipuamente allo svolgimento dei compiti assegnati, senza quindi attribuzione di altre funzioni, ed è dotato di budget e risorse adeguati

Onorabilità

- ✓ **Onorabilità:** i membri dell'OdV dovrebbero essere scelti tra i soggetti, anche esterni alla società, qualificati ed esperti in ambito legale, di sistemi di controllo interno o di revisione contabile. I componenti dell'OdV devono garantire la massima affidabilità (la non interdizione da uffici pubblici per condanna penale relativa a reati previsti dal Decreto) e l'assenza di conflitti di interesse (gradi di parentela entro il IV grado con membri del CdA, del Collegio Sindacale, dei medesimi membri delle Società controllanti/controllate o con i soggetti esterni incaricati della revisione).

Principali responsabilità dell'Organismo di Vigilanza – 1/2

L'Organismo di Vigilanza ha il compito di **vigilare**:

- sul **funzionamento** e l'**osservanza** del Modello da parte degli organi sociali, dei dipendenti e di tutti i soggetti che lavorano con o per la Società;
- sull'**effettività** e l'**adeguatezza** del Modello in relazione alla struttura aziendale ed alla effettiva capacità di prevenire la commissione dei reati di cui al Decreto;
- sull'**aggiornamento** del Modello, laddove si riscontrino esigenze di adeguamento dello stesso in relazione a mutate condizioni aziendali e/o normative.

Principali responsabilità dell'Organismo di Vigilanza – 2/2

- ❑ In merito alla vigilanza sull'**osservanza** del Modello, l'Organismo ha la responsabilità di:
 - ✓ promuovere idonee iniziative per la **diffusione della conoscenza** e dei principi del Modello;
 - ✓ definire specifiche modalità di trasmissione e gestione dei *flussi informativi da e verso l'Organismo stesso*;
 - ✓ effettuare *verifiche periodiche* sull'operatività posta in essere nell'ambito delle aree di *attività* identificate come *sensibili (affidamento incarichi e consulenze, pagamenti, contributi e finanziamenti agevolati, selezione e assunzione del personale, omaggi, donazioni)*;
 - ✓ condurre *indagini* interne per l'accertamento di *presunte violazioni* del Modello.

- ❑ In merito alla vigilanza **sull'effettività e adeguatezza** del Modello, l'Organismo ha la responsabilità di:
 - ✓ condurre ricognizioni periodiche delle attività aziendali ai fini dell'aggiornamento della mappatura delle aree di attività "sensibili";
 - ✓ verificare l'effettiva capacità del Modello di prevenire la commissione dei reati (valutando l'adeguatezza di: sistema dei controlli interni, Codice Etico, ecc.);
 - ✓ verificare l'adeguatezza delle soluzioni organizzative adottate per l'attuazione dei Modelli.

- ❑ In merito alla vigilanza sull'**aggiornamento** del Modello, l'Organismo ha la responsabilità di:
 - ✓ esprimere periodicamente una *valutazione sull'adeguatezza dei Modelli*, sulla base delle risultanze emerse dalle attività di verifica e controllo;
 - ✓ presentare periodicamente ai responsabili delle strutture interessate le *proposte di adeguamento dei Modelli* e le azioni necessarie per la concreta implementazione;
 - ✓ verificare periodicamente *l'attuazione ed effettiva funzionalità delle soluzioni/azioni* correttive proposte.

Poteri dell'Organismo di Vigilanza

- ☐ L'Organismo ha libero accesso presso tutte le funzioni della società al fine di ottenere informazioni o dati utili allo svolgimento dei propri compiti;
- ☐ può avvalersi dell'ausilio di strutture appartenenti all'azienda o di consulenti esterni;
- ☐ dispone di autonomi poteri di spesa e può impegnare risorse che eccedono i propri poteri in presenza di situazioni eccezionali e urgenti (informandone il C.d.A.);
- ☐ ha la facoltà di denunciare violazioni del Modello all'Organo di Controllo ed al Presidente del Consiglio di Amministrazione;
- ☐ può richiedere l'irrogazione di sanzioni disciplinari.

Flussi informativi dell'ODV

L'Organismo di Vigilanza riferisce:

- su base continuativa o ogni qual volta lo ritenga opportuno al Presidente e all'Amministratore Delegato e al Comitato per il Controllo Interno;
- su base periodica al Consiglio di Amministrazione, al Comitato per il Controllo Interno e la Corporate Governance, al Collegio Sindacale e alla Società di Revisione con una Relazione Semestrale che avrà ad oggetto l'attività svolta dall'Organismo nonché le eventuali criticità emerse in merito all'efficacia del Modello.