

Convegno

“l’Organismo di Vigilanza nel D.lgs. 231/2001”

Interazioni ed interferenze dell’Organismo di Vigilanza con altri organi di controllo

Intervento dell’Avv. Stefano Ocello

Area conformità Rischio e Certificazioni - ATAC S.p.a.

- 1) **Premessa logica**
- 2) **L’attività di controllo dell’Organismo di Vigilanza - l’art. 6 co. 1 lett. b) del D.lgs. 231/2001 e la declinazione operativa**
- 3) **Le funzioni di controllo in azienda - i livelli del controllo**
- 4) **Il management system e la cultura della governance**
- 5) **Conclusioni**

1 - Premessa logica

Ritengo necessario effettuare una breve premessa, al fine di chiarire da subito al lettore la mia posizione critica nei confronti della normativa sulla responsabilità amministrativa derivante da reato degli enti. Personalmente non ho mai condiviso l’introduzione del sistema legale della 231 nel nostro sistema giuridico, poichè lo stesso è basato su una dipendenza funzionale della sostanza dal dato formale, particolare di cui l’impianto della 231 difetta totalmente nella parte prescrittivo organizzativa, non essendo tipizzata; che è la parte poi, che dovrebbe assicurare all’Ente la tanto desiderata esimente.

Per intenderci, (e i puristi del diritto storceranno il naso) nell’ordinamento giuridico italiano abbiamo una sudditanza psicologica verso l’amato “*pezzo di carta*” che ci dà il nulla osta per continuare a fare esattamente quello che facevamo prima, ma lamentandoci dell’intoppo e dello sforzo messo in atto per superarlo.

Il modello di organizzazione e gestione che la legge impone di adottare altro non è, invece, che un sistema di controllo da codificare ed attuare nel concreto, non un dato formale cui fare ricorso nel caso in cui l’ente sia chiamato a rispondere per le sue malefatte.

Nel momento stesso in cui lo Stato decide di abdicare alla sua funzione di controllo appaltandola (ribaltando i costi) al privato, dovrebbe assumersi almeno la

responsabilità di garantire la certezza del diritto, codificando e tipizzando le fattispecie di conformità alla norma o, in alternativa, segregando la funzione di controllo da quella dello stesso controllato, tramite la netta contrapposizione degli interessi degli attori in gioco.

2 - L'attività di controllo dell'Organismo di Vigilanza - l'art. 6 co. 1 lett. b) del D.lgs. 231/2001 e la sua declinazione operativa negli enti

Fatta la dovuta premessa, in tale contesto normativo, apprezziamo lo sviluppo della funzione dell'Organismo di Vigilanza, organismo la cui esistenza e funzionamento è uno dei requisiti fondamentali per l'applicazione dell'esimente all'ente.¹

Ed è così essenziale la sua funzione che il legislatore è stato essenziale anche nella declinazione dei suoi compiti, racchiusi in due frasi:

- a) vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- b) curare il loro aggiornamento.

A questi compiti l'Organismo di Vigilanza deve adempiere attraverso la dotazione, da parte dell'azienda, di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Quali siano questi poteri, però, non è dato saperlo.

Non voglio entrare adesso nella canonica elencazione cui la giurisprudenza creativa ci ha abituato, o affannarmi a ripetere le giaculatorie sui sistemi di controllo. Quel che è certo è che la declinazione operativa che le aziende fanno delle competenze e dei poteri dell'Organismo di Vigilanza, è possibile causa di un protagonismo che può determinare in sostanza, a mio modesto avviso, la non corretta operatività dell'Organismo di Vigilanza.

Attribuire, infatti, autonomi poteri di iniziativa e di controllo, non vuol dire, come purtroppo succede nel caso concreto, avere di conseguenza la facoltà di scegliere quali attività di controllo debbano essere esercitate in completa e piena autonomia, bensì di avere la facoltà di esercitarla nell'ambito del perimetro e delle competenze che l'ente affida all'Organismo di Vigilanza. Ricordiamo, infatti, che l'Organismo di Vigilanza, ancorché debba essere indipendente, ovvero scevro da coercizioni di sorta, è comunque uno strumento dell'ente e che addirittura deve apportare *assurance* all'ente che l'ha nominato. La dotazione dell'autonomo potere di iniziativa e di

¹ D.lgs. 231/2001, art. 6 co.1 lett. b): *“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”.*

controllo, infatti, non deriva ex se o dalla legge, bensì da ciò che l'ente nella sua libera determinazione decide di attribuire all'Organismo di Vigilanza stesso. La norma, in verità, decide solo una qualificazione astratta di questi poteri, per verificarla discrezionalmente in una valutazione ex post della magistratura.

Nessuno vuole uno sceriffo, né il management esecutivo né la Direzione mentre, al contrario, il corretto inserimento operativo dell'Organismo di Vigilanza nelle abitudini e nei rapporti aziendali promuove la cooperazione, evitando la duplicazione dei controlli.

3 - Le funzioni di controllo in azienda - i livelli del controllo

Veniamo adesso ai differenti attori che popolano il panorama aziendale e che svolgono un ruolo ai fini del controllo interno.

Tali attori, devono svolgere una azione coordinata all'interno del Sistema di Controllo Interno, in mancanza della quale, i controlli si sommeranno fra di loro e non si avrà la visione d'insieme che ci offre un sistema di controllo interno integrato.

A) Organi di Governance, di assurance, di vigilanza o di controllo:

- Consiglio di Amministrazione;
- Amministratore Delegato;
- Consiglio di Sorveglianza, Comitato per il controllo sulla gestione;
- Collegio Sindacale;
- Organismo di Vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001;
- Comitato per il controllo interno.

B) Controllo/assurance di terzo livello:

- Internal Audit (preposto interno nelle società quotate e “revisione interna nella normativa finanziaria”);

C) Controllo di secondo livello:

- Risk management e Funzione Compliance;
- Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e le funzioni che lo supportano direttamente (Controllo di gestione);
- Altre funzioni di controllo (Sistemi di gestione, Sicurezza).

D) Controllo di primo livello:

- Management operativo.²

² Fonte: AIIA, *Corporate Governance Paper II, Exposure Draft, maggio 2009.*

Faccio una considerazione che dovrebbe far riflettere a lungo: in assenza di specifica disposizione normativa, la dottrina in materia di 231 ha considerato tutte queste figure almeno una volta come possibili affidatari o partecipanti al ruolo di Organismo di Vigilanza. Non è sempre possibile, all'interno della struttura aziendale, individuare con chiarezza e con quali scopi si concretizzi ciascuna interazione tra organi e funzioni. È necessario, pertanto, partire dall'identificazione degli obiettivi perseguiti dai singoli protagonisti, evidenziando concretamente quali siano le esigenze di controllo connesse allo svolgimento dell'incarico specificatamente assegnato alla funzione, attraverso la definizione di un modello di interrelazione.

Ai fini della nostra disamina, prendiamo ad esempio la posizione dell'Organismo di Vigilanza nei confronti degli altri organi di controllo.

Come recita l'art. 6 co. 2 lettera d) del Decreto, i modelli devono *“prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo”*. Se confrontiamo tale disposizione con i poteri del comma 1 e la posizione di vertice dell'Organismo di Vigilanza nel livello dei controlli all'interno dell'ente, si comprende come il flusso dovrebbe autonomamente arrivare dal basso verso l'alto, ovvero essere un obbligo previsto ab origine nel modello per le funzioni che detengono le informazioni, non un potere di indagine generale che vanifica la collaborazione fra funzioni.

Se si considera che nell'Organismo di Vigilanza sono presenti nella maggior parte dei casi figure aziendali che ricoprono incarichi di controllo interno, l'interferenza si verifica, ancor prima di contrapporre i rispettivi obiettivi funzionali, all'interno dell'organismo stesso, compromettendone la credibilità.

All'Organismo di Vigilanza deve arrivare sin dall'inizio un flusso strutturato di informazioni, ben precise e da soggetti ben individuati, attraverso una declinazione procedurale dell'impianto amministrativo del modello 231 che si inserisca in modo indolore all'interno dell'ente e venga percepito niente di più niente di meno come una reportistica gestionale alla pari delle altre. Se il flusso delle informazioni è così progettato, l'Organismo di Vigilanza non avrà necessità di cercare le informazioni di controllo bensì le riceverà direttamente dalle funzioni preposte al controllo sulla specifica attività e non dal management operativo. Se l'obiettivo è quello di vigilare sull'osservanza e sull'aggiornamento del modello, il risultato della mancata produzione di idonea informativa dalle funzioni di controllo già presenti e funzionanti deve essere causa di immediata reazione dell'Organismo di Vigilanza, che correttamente deve avvertire il Vertice della situazione. In parole povere, se il dato che l'organismo riceve ad esempio dal Controllo di

Gestione non è sufficiente, la campana di allarme è oramai già suonata, non ha senso continuare a cercare il dato altrove. L'obiettivo non è l'informazione ma la vigilanza sul corretto funzionamento ed osservanza del modello ed il suo aggiornamento.

L'individuazione preventiva dei soggetti tenuti all'informativa in un modello interrelazionale, previene in sostanza le interferenze ed i conflitti, anche alla luce del fatto che il dato spesso è lo stesso ma cambiano solo i soggetti che lo richiedono.

4 - Il management system e la cultura della governance

Proprio perché gli organi degli enti sono composti da persone fisiche, tentare di standardizzare un comportamento non è sufficiente a garantire il buon funzionamento dell'impianto. Entrano qui in gioco il sistema manageriale e le leve di corporate governance aziendale. Questi due fattori sono essenziali e interdipendenti fra loro. Pretendere buone prassi gestionali, l'autodisciplina e un comportamento virtuoso, fa ottenere un adeguato impianto di corporate governance e un corrispondente sistema dei controlli solo se tutto viene coltivato nel rispetto della diplomazia dei rapporti interfunzionali e con una adeguata formazione inerente la cultura del controllo. Questa costituisce l'elemento fondamentale per il successo del sistema impostato in quanto guida dell'impegno che dovrà essere manifestato da parte del vertice e di tutti i livelli operativi.

Una adeguata formazione sui temi preparatori al governo e controllo, non può essere rimpiazzata dall'esperienza nell'esercizio delle proprie funzioni all'interno dell'ente. Tale formazione è inevitabile ed indispensabile per le persone che ricoprono ruoli e responsabilità di controllo.

La formazione sulla Corporate Control Governance è un pacchetto formativo che dovrebbe diventare standard ed elemento di valutazione nell'ambito dei requisiti di professionalità ed esperienza richiesti. L'approccio formativo alla cultura del controllo, è più di un semplice investimento, è parte fondante dell'esimente del Modello Organizzativo richiesto dal decreto, esimente che si vedrà svanire anche allorquando le figure coinvolte nel sistema dei controlli non siano messe in grado, in termini di impegno di tempo, di svolgere le proprie funzioni poiché gravati da molteplici incarichi o molteplici adempimenti burocratici.

La rigidità dell'organizzazione aziendale, in questo non ci aiuta, ma le forme di cooperazione che la funzione di Organizzazione dovrebbe elaborare, forse sono quelle che più di ogni altre potranno avere l'effetto di uniformare la visione degli stessi obiettivi.

5 - Conclusioni

A seguito di queste considerazioni, va evidenziato che le relazioni che intercorrono tra gli attori coinvolti nel sistema integrato di controllo interno, anche se oggi da noi affrontato solo dal punto di vista dell'Organismo di Vigilanza, rappresentano uno dei fondamentali meccanismi operativi di funzionamento che, se realizzati in modo inadeguato o approssimativo, possono portare a fenomeni di presidio dei controlli contraddittorio, insufficiente o eccessivo rispetto alla finalità perseguita.

La razionalizzazione dei controlli, dunque, passa, oltre che dalla corretta identificazione delle funzioni e dalla creazione di una architettura di funzionamento, da una visione chiara unitaria e condivisa della direzione in cui l'ente deve andare, ed il modello organizzativo della 231 non è un tertium genus rispetto al sistema azienda bensì la rappresentazione risolutiva di questa visione.