

Il ruolo dell'OdV nell'ambito della supervisione dei presidi di controllo ex D.Lgs. 231 con riferimento ai reati ambientali

avv. Mara Chilosì

CHILOSI MARTELLI – STUDIO LEGALE ASSOCIATO
MILANO | ROMA | VERONA | BOLOGNA
Via Enrico Besana, 9 | 20122 Milano
T +39 02 65560496 | F +39 02 62912004
E mara.chilosì@chilosimartelli.com W chilosimartelli.com



Il ruolo dell'ODV rispetto ai reati ambientali: questioni aperte e spunti di riflessione

- ✓ L'importanza dell'OdV ai fini della "tenuta" del Modello alla luce della prima giurisprudenza («architettura e non solo azione»)
- ✓ Il cd. "controllo di terzo livello": contenuto e "condizioni di tenuta" di questa impostazione anche alla luce di recenti esperienze processuali
- ✓ OdV e ambiente: approccio "formale" vs approccio "interventista". OdV come "Accredia" del sistema di controllo aziendale?
- ✓ Il ruolo dell'OdV in caso di contestazione all'ente: "organismo dell'ente" che partecipa alla "crisi" al fine di verificare/migliorare l'organizzazione e supportarne la difesa e non organo "inquirente"



L'OdV e la «tenuta» del Modello: «architettura» e non solo «azione»

Art. 6, d.lgs. 231/2001:

1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), **l'ente non risponde se prova che:**

- a) l'organo dirigente ha adottato **ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto,** modelli di organizzazione e di gestione **idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;**
- b) **il compito di vigilare** sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento **è stato affidato a un organismo dell'ente** dotato di **autonomi poteri di iniziativa e di controllo;**
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) **non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo** di cui alla lettera b).

2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) **prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo** deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

L'OdV e la «tenuta» del Modello: «architettura» e non solo «azione»

- ❖ **autonomia:** libertà da ogni forma di interferenza da parte di qualunque altra funzione dell'ente e, in particolare, dell'organo dirigente; estraneità rispetto all'esercizio del potere decisionale e allo svolgimento di attività operative
- ❖ **indipendenza:** assenza di condizionamento a livello economico e personale o di situazioni di conflitto di interesse, anche potenziale
- ❖ **lo spinoso tema delle consulenze**

Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343 [caso Thyssenkrupp]:

❖ **esclusa l'idoneità del Modello "riparatore"** (adottato *post factum* ex art. 17 d.lgs. 231/2001) per la sola circostanza che **nell'organismo fosse inserito il responsabile della funzione operativa deputata della gestione degli aspetti ambientali e di salute e sicurezza sul lavoro**

Cass. pen., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316, [caso Ilva]:

❖ **non può considerarsi idoneo** a esimere la società dalla responsabilità da reato quel **Modello che preveda un OdV non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo** e che risulti **sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato**, con specifico riferimento all'OdV di una *holding* presieduto da un consigliere di amministrazione di una società del gruppo, nonché da soggetti legati da rapporti fiduciari con gli amministratori della controllante

L'azione di vigilanza dell'OdV in materia ambientale

La verifica del «sistema di poteri» in materia ambientale

Una delle prime, fondamentali attività – che opportunamente dovrebbe precedere la verifica della identificazione dei rischi – consiste nella verifica della esistenza, della correttezza e soprattutto della effettività del sistema di deleghe e di nomine in materia ambientale

Occorre in particolare verificare l'attribuzione chiara, secondo il **principio di effettività**, di ruoli, compiti e responsabilità, **appurando la congruità e l'effettività dei poteri di spesa e la compatibilità e la coerenza degli stessi con le procedure interne riguardanti spese ed investimenti**

L'analisi dovrebbe essere estesa anche ai rapporti intercorrenti con i consulenti ambientali e i fornitori di servizi aventi rilevanza ambientale (anche nell'ambito dei gruppi di imprese)

La LG Confindustria 2014 sul tema:

«É inoltre importante prevedere un sistema coerente e integrato che comprenda tutte le deleghe o procure aziendali (comprese quelle in materia antinfortunistica ed in quella ambientale), periodicamente aggiornate alla luce sia delle modifiche normative, che delle eventuali variazioni nel sistema organizzativo aziendale. Sarebbe poi opportuno garantire la documentabilità del sistema di deleghe, al fine di rendere agevole una sua eventuale ricostruzione a posteriori». «Inoltre, le osservazioni svolte in relazione alla valutazione del rischio di commissione del reato da parte di consulenti e partner in genere vanno estese a ogni forma di appalto o contratto d'opera e di servizi, in particolare per le fattispecie degli incidenti sul lavoro e dei reati ambientali, ponendo un'attenzione specifica a eventuali interessi di organizzazioni criminali rispetto all'aggiudicazione di queste gare».

Modello 231 e deleghe

Cass., sez. III, 24 febbraio 2017, n. 9132:

In caso di responsabilità da reati ambientali, nell'apprezzamento del modello organizzativo dell'ente e nella valutazione della sua idoneità, **il primo elemento da considerare è la predisposizione di un adeguato sistema di deleghe**: l'assenza di deleghe di funzioni è fatto che di per sé prova la mancanza di un efficace modello organizzativo adeguato a prevenire la consumazione del reato da parte dei vertici societari

L'azione di vigilanza dell'OdV in materia ambientale

La verifica della «mappatura» dei processi e della identificazione dei rischi

È diffusa la consapevolezza che il modello 231 deve essere realizzato «**su misura**» della singola impresa. Ciò è **tanto più vero per i reati ambientali**, in quanto possono essere commessi nelle modalità più eterogenee. Alcune fattispecie possono applicarsi o non applicarsi a seconda del tipo di attività svolta dall'ente, delle dimensioni dello stesso, delle emissioni provocate, o delle sostanze impiegate nel processo produttivo (es. AIA, SISTRI, scarichi idrici, emissioni atmosferiche)

Particolare importanza assume, pertanto, in relazione ai reati ambientali, la «**identificazione dei rischi**», **sulla quale si gioca la vera personalizzazione del modello**

231 e ambiente

I reati ambientali spesso vengono contestati in concorso con altre fattispecie di reato, previste dal codice penale o da discipline speciali, che a propria volta possono o meno determinare la responsabilità da reato dell'ente ex d.lgs. 231/2001 (reati associativi e di criminalità organizzata, falsi, corruzione, truffa aggravata ai danni della PA, danneggiamenti, riciclaggio, ricettazione ecc.)

Problematiche ambientali possono esse stesse rappresentare il presupposto per la commissione di altri reati appartenenti al «catalogo 231» (es. passività ambientali occultate o sottostimate oggetto di false comunicazioni sociali)

Peculiarità del rinvio alla disciplina 231 in relazione alle fattispecie di «illecito abbandono di rifiuti» e di «combustione illecita di rifiuti»

Necessità di un **approccio specifico** e non «appiattito» su quello adottato in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in ragione delle indubbe peculiarità dei reati ambientali di cui all'art. 25-undecies, che prenda in considerazione le fattispecie presupposto una per una

È necessario considerare il «**formante giurisprudenziale**», che, nel settore ambientale, costituisce sempre più una *nuova fonte di diritto* e **tenere monitorata l'evoluzione normativa**, che rappresenta una «costante» del diritto dell'ambiente >> v. novità normativa di cui all'art. 1 DL 92/2015, che modifica la definizione di «produttore dei rifiuti» includendovi anche «il soggetto al quale sia giuridicamente riferibile detta produzione»

Un OdV non specialista potrebbe avvalersi di una consulenza esterna, commissionando questo tipo di verifica nell'ambito di un audit più ampio sulla parte ambientale, utilizzando il proprio budget

In materia ambientale, l'OdV deve procedere a una verifica periodica – alla luce dei flussi informativi, delle audizioni dei responsabili aziendali e delle risultanze dei propri controlli – **circa la completezza e l'attualità della identificazione dei rischi e riguardo all'esistenza, nel sistema normativo aziendale, di misure e controlli atti a contrastare efficacemente i rischi individuati.**

Quali **processi** devono essere oggetto di verifica?

- ❖ **processi tipici** che pongono rischi *diretti* in campo ambientale (legati alla produzione ed alla gestione degli aspetti ambientali «diretti»)
- ❖ **processi «sentinella»** che, situandosi «a monte» o in posizione collaterale o strumentale rispetto ai primi, consentono di rilevare indicatori o dati significativi e di svolgere controlli incrociati (es. acquisti, pagamenti, gestione dei cespiti e del magazzino, servizi informativi, servizi legali).

I nuovi delitti contro l'ambiente: aggiornamento del Modello e vigilanza

- Trattandosi di fattispecie di danno e di pericolo concreto, sarà evidentemente necessario introdurre nel Modello, e dunque **sottoporre alla vigilanza dell'OdV**, nuovi e comunque più penetranti **strumenti di verifica e controllo sui processi operativi e sulle attività aziendali relative alla gestione ambientale** (non sempre direttamente e/o sufficientemente tenuti in considerazione nell'ambito dei Modelli, in quanto generalmente «delegate» ai sistemi di gestione ambientale di «secondo livello»)
- Naturalmente quanto sopra comporterà soluzioni differenti a seconda del tipo di ente e di attività svolta (si pensi, ad esempio, alla diversità che intercorre tra coloro che acquistano e coloro che vendono o erogano servizi di gestione dei rifiuti, rispetto alle modalità con cui possono generarsi profitti illeciti)

Le aree su cui compiere una riflessione più approfondita (anche riguardo agli aspetti economici associati, direttamente o indirettamente, alle decisioni ed alle attività connesse) possono essere individuate nelle seguenti:

- **processi di investimento** (budget, sia per operazioni di manutenzione straordinaria o nuovi investimenti o adeguamento a normative sopravvenute o *migliori tecniche disponibili*, sia per operazioni di manutenzione ordinaria);
- **gestione dei cespiti** (gestione del patrimonio immobiliare, comprese le attività di bonifica dei siti contaminati; dismissione cespiti, per quanto concerne la gestione dei rifiuti);
- **processi di acquisto** (specialmente per quanto concerne i servizi “sensibili” sotto il profilo ambientale, ad es. quelli relativi alla gestione dei rifiuti ed ai servizi di laboratorio, oltre che gli «appalti interni»)
- **processi operativi** (manutenzione, produzione)
- **processi organizzativi** (gestione dei cambiamenti, valutazione del rischio, gestione delle emergenze)
- **processi legali** (aggiornamento normativo, verifica delle prescrizioni normative e autorizzative applicabili all’attività)
- **processi di gestione delle risorse umane** (formazione)
- **processi di monitoraggio** (audit e vigilanza dell’OdV)

La vigilanza su processi particolarmente sensibili

L'esempio della selezione dei laboratori di analisi

- ❖ **l'affidabilità dei dati analitici** può risultare decisiva ai fini della responsabilità ex art. 25-*undecies* d.lgs. 231/2001
- ❖ **Federchimica, 2012**: il rischio di disporre di dati non scientificamente difendibili deriva da una pluralità di fattori, quali ad esempio la **mancanza di adeguate specifiche contrattuali sulle modalità di consegna dei risultati** (che devono essere corredate dalla documentazione relativa alla loro tracciabilità), **la pattuizione di prezzi non congrui e la mancanza di controlli sulla qualità dei dati**
- ❖ i risultati delle analisi di laboratorio rivestono fondamentale importanza per le imprese, atteso che, oltre a formare oggetto di specifici obblighi normativi (in materia ambientale e di sicurezza sul lavoro), assolvono la funzione di **orientare una serie di decisioni di rilevante impatto economico** (es. circa la scelta delle più idonee tecnologie di bonifica di un sito contaminato e dello smaltimento dei rifiuti ovvero degli impianti di abbattimento degli inquinanti emessi in atmosfera), **da cui potrebbe derivare un indebito profitto, anche soltanto in termini di risparmio**
- ❖ criteri di qualificazione: profili tecnici → **accreditamento conforme ai requisiti UNI CEI EN ISO/IEC 17025** per un numero adeguato di prove; strumentazione in dotazione; riscontri su precedenti forniture di prestazioni simili ed eventuali riscontri di altri utilizzatori; risultati di verifiche ispettive condotte presso il fornitore; conformità del prodotto/servizio alle norme che ne pongono la disciplina (es. iscrizioni ad albi professionali)

L'integrazione con i SGA

- Nell'adozione del Modello "Parte speciale ambiente" la presenza di un **SGA certificato** (ISO 14011 o EMAS) è un **rilevante elemento di facilitazione**; anzi, tale soluzione organizzativa è caldamente raccomandabile, pur in assenza di una norma simile all'art. 30, c. 5 D.lgs. 81/2008, e può ben rappresentare il contenuto di una misura di prevenzione del modello, dal momento che la giurisprudenza ha già riconosciuto a questi standard il **valore di "BAT"**
- In presenza di una normazione interna di «**secondo livello**», tuttavia, il modello 231 deve essere implementato attraverso un'accurata operazione di ***integrazione***, al fine di evitare un'inutile e controproducente moltiplicazione dei sistemi organizzativi presenti
- Sistemi di gestione ambientale e «conformità legislativa»: un diverso approccio (RT 09 – Prescrizioni per l'accreditamento degli organismi operanti la certificazione dei SGA)

Gestione della «conformità legislativa»: un diverso approccio

- ❖ l'ottenimento e il mantenimento della **certificazione** non esautorano l'organismo da **autonomi controlli in ordine alla conformità legislativa dei processi aziendali**
- ❖ la regolamentazione concernente il rilascio delle certificazioni contempla alcune **ipotesi** eccezionali, in cui è **possibile per l'ente ottenere la certificazione del proprio sistema di gestione ambientale pur in presenza di “non conformità” che possono costituire reato presupposto:**

Non conformità “condizionate” → l'ente ha presentato tempestivamente all'autorità competente un'istanza di autorizzazione e questa, nonostante il decorso dei termini di conclusione del procedimento legislativamente previsti e in presenza di un assiduo “controllo” della pratica, non ha rilasciato il provvedimento richiesto: si accetta che l'ente eserciti la propria attività in attesa del provvedimento autorizzatorio e in costanza degli altri requisiti di legge

Non conformità “qualitativamente non rilevanti” → violazioni di requisiti di natura tecnica, operativa e analitica accidentali ed episodiche, dinanzi alle quali il sistema di gestione ambientale offra solide garanzie in termini di capacità di reazione (ad esempio, mediante la tempestiva apertura di una non conformità, l'identificazione di azioni correttive nell'ambito di un cronoprogramma di adeguamento, nonché la piena “trasparenza” nei rapporti con le autorità di controllo).

L'efficace attuazione del modello

- 1- comunicazione
- 2- formazione
- 3- applicazione del Modello e monitoraggio periodico da parte delle funzioni aziendali preposte
- 4- vigilanza dell'OdV
- 5- aggiornamento del Modello
- 6- sistema sanzionatorio

L'importanza della formazione

- Il Modello non si può considerare *efficacemente attuato* in assenza di una formazione specifica a tutte le persone che operano per l'ente e nell'ente
- Naturalmente la formazione deve essere «tarata» rispetto alle persone coinvolte ai diversi livelli
- Non è sufficiente una formazione sulla disciplina del d.lgs. 231/2001 e sull'architettura ed il contenuto del Modello. È invece indispensabile una **formazione sui reati**, ossia sul contenuto delle fattispecie, sulla giurisprudenza, sulle modalità attuative specifiche così come risultanti dalla identificazione dei rischi
- **La formazione così concepita rappresenta essa stessa una misura di prevenzione, probabilmente una delle più efficaci per certi reati, tra cui svariate contravvenzioni ambientali**

I principali flussi di informazione verso l'ODV riguardo il SGA

Oltre ai «tradizionali» flussi informativi (es. accertamenti della PA, pratiche autorizzative in corso, incidenti ambientali, deleghe ecc.), in presenza di SGA è opportuna l'acquisizione di questa documentazione:

- Le valutazioni condotte nell'ambito dell'Analisi ambientale e sull'andamento degli indicatori di prestazione e funzionamento che ne derivano
- Le modifiche e gli aggiornamenti della Politica Ambientale e della pianificazione degli obiettivi e dei programmi
- Le modifiche e gli aggiornamenti dell'organigramma
- Gli aggiornamenti del Registro delle prescrizioni rilevanti
- L'elenco delle procedure e delle istruzioni operative con il loro stato di revisione
- Gli esiti delle attività di audit e di verifica periodica della conformità legislativa
- Gli esiti delle attività di verifica periodica di terza parte del Sistema
- Il periodico resoconto in merito allo stato di avanzamento delle azioni correttive/preventive poste in atto a fronte di elementi di debolezza o non conformità evidenziate durante la normale sorveglianza o in sede di audit, anche grazie alla *documentabilità* del relativo processo gestionale
- La sintesi delle attività e dei risultati del ciclo di Sistema messa a disposizione dell'Alta Direzione ai fini del Riesame
- Le conclusioni derivanti dall'attività di Riesame (attraverso, ad esempio, l'inoltro all'Organismo di vigilanza del verbale di Riesame) e le connesse pianificazioni per il ciclo successivo del SGA

Il SGA deve contemplare strumenti e canali per poter recepire in modo tempestivo e corretto le indicazioni provenienti dallo stesso ODV

L'OdV nella gestione del procedimento penale per reati ambientali

- ✓ Apporto alle indagini come «persona informata sui fatti», in particolare per quanto concerne gli aspetti organizzativi e l'efficace attuazione del Modello
- ✓ Stimolo e contributo alla adozione delle condotte riparatorie di cui agli artt. 12 e 17, d.lgs. 231/2001, in particolare per quanto concerne l'aggiornamento ed il miglioramento del Modello alla luce della dinamica del caso concreto
- ✓ In caso di attivazione della procedura di cui alla Parte Sesta-bis del d.lgs. 152/2006 per l'estinzione delle contravvenzioni ambientali di natura formale, stimolo e impulso rispetto all'ottemperanza alle prescrizioni impartite dall'Autorità giudiziaria e, in logica preventiva, all'aggiornamento del Modello sulla base delle stesse, le quali possono riguardare non soltanto aspetti tecnici, ma anche gestionali
- ✓ Contributo, nei casi più gravi, nei quali siano contestate le fattispecie ambientali delittuose, ai fini del «ravvedimento operoso» disciplinato dall'art. 452-terdecies c.p., anche soltanto in termini di analisi e raccolta ed elaborazione dei dati