GUARDANDO AL DOMANI

Il passato, e soprattutto il futuro, della 231. Fare un bilancio della norma entrata in vigore vent'anni fa serve soprattutto a individuare i nuovi compiti che attendono l'Internal Auditor. In un domani che è già oggi la funzione di controllo dovrà sempre più connotarsi per la capacità di porsi alla guida del cambiamento, "cucendo" su misura controlli e modelli organizzativi, proponendosi come "indipendent trusted advisor", comunicando adeguatamente il proprio ruolo, accompagnando e spingendo le aziende nel percorso verso nuove frontiere tecnologiche. Così la compliance, lasciata alle spalle la concezione di mera conformità, diventa leva strategica per il successo sostenibile

IL DECRETO 231? È COME UN RAGAZZO ANCORA IMMATURO

Mara Chilosi e Bruno Giuffrè, Presidente e Presidente Onorario dell'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza, tracciano un bilancio dei 20 anni della disposizione: dall'incerta applicazione alle prospettive di riforma

a cura di **Twister**

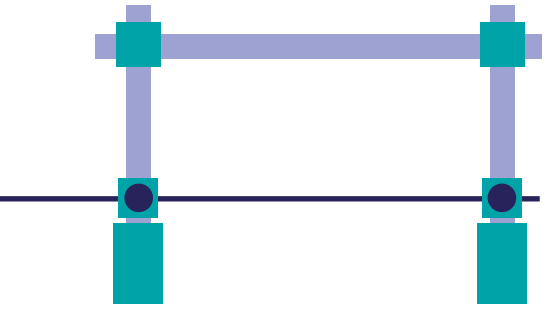
Mara Chilosi e Bruno Giuffrè, avvocati, sono rispettivamente Presidente e Presidente Onorario di AODV231, l'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza. La prima è partner dello studio Chilosi-Martelli, il secondo country managing partner di DLA Piper. In questa intervista fanno un bilancio dei primi 20 anni del d.lgs. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni.

MARA CHILOSI
Partner dello studio Chilosi-Martelli, presidente di AODV231.

BRUNO GIUFFRÈ
Country managing partner di DLA Piper, presidente onorario di AODV231.

Il prossimo 8 giugno "la" 231 compie 20 anni. Come li porta? Che cosa mettereste tra i "più" e i "meno"?

Chilosi: Vedendo come viene applicato, mi sentirei di dire che il Decreto 231 è come un ragazzo ancora un po' immaturo, che deve trovare la propria strada. Lo si nota anche nella fase di contestazione dell'illecito: la sua applicazione non è omogenea ma "a macchia di leopardo", limitata a determinati ambiti di reato e a determinati contesti territoriali. Per questo è una normativa che viene ancora percepita da una parte del mondo imprenditoriale come una variabile imprevedibile. È uno dei tipici settori in cui le imprese sono molto più avanti dello Stato. Parlo delle imprese, e sono molte, che hanno colto dal decreto lo spunto per dotarsi di un modello organizzativo come modello di compliance, a prescindere dalla promessa dell'esimente di responsabilità offerta dalla norma. Per questo motivo, tra i "più" metterei il fatto che la norma ha stimolato le imprese a un'azione preventiva, dotandosi di strumenti che si stanno via via sofisticando. Tra i "meno", appunto, l'applicazione disomogenea e ancora sporadica, legata a una magistratura che sembra avere difficoltà a capire e utilizzare questo strumento, connotato sicuramente da peculiarità e complessità in sede di applicazione processuale.



Giuffrè: La legge avrebbe potuto essere applicata meglio, scritta meglio, e tutte le volte che il legislatore vi ha rimesso mano avrebbe potuto fare di più. A cominciare dalla scelta dei reati inclusi nel catalogo che fanno sorgere la responsabilità amministrativa dell'organizzazione. L'elenco è stato dettato spesso da impegni internazionali e qualche volta semplicemente dall'improvvisazione. E, quindi, le macchie di leopardo cui si accennava si vedono anche nel catalogo dei reati. Ma vorrei anche esprimere un giudizio controfattuale: come saremmo messi oggi senza il Decreto 231? Se non avessimo il Decreto 231 la cultura della legalità e della prevenzione nelle imprese non avrebbe raggiunto lo stesso grado di sviluppo, o si sarebbe sviluppato per vie più complicate e tortuose. Con "la" 231 si è imposto il principio dell'autoregolamentazione, dicendo alle imprese: dovete disegnare da soli i vostri modelli organizzativi di prevenzione dei reati, curare i vostri processi interni, creare un soggetto, l'organismo di vigilanza, che sovrintenda all'applicazione dei protocolli. Questo è stato un discorso rivoluzionario, reso possibile proprio dalla 231 e quindi il giudizio controfattuale è positivo. Senza di "lei", non saremmo così avanti in fatto di prevenzione e legalità.

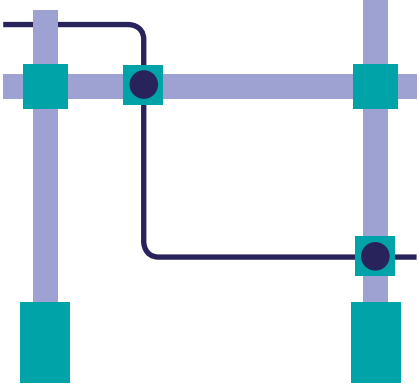
La digital transformation sta cambiando le organizzazioni. La normativa è adeguata a questo nuovo scenario?

Chilosi: Dal punto di vista degli strumenti di organizzazione della compliance all'interno degli enti, la norma si riferisce agli strumenti informatici solo per quanto riguarda il whistleblowing. Il decreto, del resto, non individua nel dettaglio gli strumenti che devono essere adottati ai fini della prevenzione dei reati presupposto e non so nemmeno quanto sarebbe opportuno che lo facesse, visto che gli strumenti è corretto siano identificati da ciascun ente nella "personalizzazione" del proprio modello organizzativo e gestionale. Certo la transizione digitale è un elemento importante. Il mercato si sta evolvendo verso piattaforme di valutazione integrata dei rischi, piattaforme per gestire i flussi comunicativi interni, tool informatici per gestire audit e registrazioni. Per gli organismi di vigilanza sono strumenti importanti in prospettiva. Basti pensare a come, in ragione dell'emergenza sanitaria, gli organismi di vigilanza si siano dovuti cimentare in forme di audit da remoto, con le difficoltà che questo comporta. Un tema a parte è quello dei controlli basati sulla tecnologia blockchain nei settori a rischio di commissione reati. Sono profili ancora da approfondire, il legislatore non se n'è occupato, mentre la nostra Associazione ha dedicato grande attenzione, in prima battuta, al problema della tutela dei dati personali e si propone di esplorare anche altri ambiti.

Giuffrè: Quando la legge è nata, la digitalizzazione era di là da venire. Come ovvio, dunque, l'impianto non riflette l'organizzazione attuale (ed è già generoso dire che riflettesse quella dell'epoca). Poi bisogna dire che il legislatore italiano non è certo noto per la velocità con cui si adatta ai cambiamenti dell'economia. Di ragioni per intervenire ve ne sarebbero state tante in passato. Ma l'impianto della legge regge alla prova del tempo perché è sufficientemente ampio o "alto" o generale da adattarsi. È come una cornice così spaziosa da poter accogliere contenuti diversi, i nuovi rischi che si manifestano con i cambiamenti nella società, nel business, con le novità legislative, con l'evoluzione tecnologica. Il vuoto tra la cornice della legge, così ampia, e l'esigenza specifica di ciascuna organizzazione di prevenire il compimento di reati al proprio interno viene colmato con l'ausilio delle best practice che si sono sviluppate in questi anni. Le aziende che hanno preso sul serio la compliance al decreto, che hanno sviluppato e, appunto, messo in comune queste best practice oggi presidiano meglio quei rischi, in quanto hanno adeguato le loro organizzazioni.

La digitalizzazione porta con sé nuovi rischi. In termini di applicazione del Decreto 231, quali possibili ampliamenti vedete?

"Senza la 231 la cultura della legalità e della prevenzione nelle imprese non avrebbe raggiunto lo stesso sviluppo, o si sarebbe sviluppata per vie più complicate e tortuose"



Chilosi: I reati informatici già ricadono in larga parte all'interno delle norme di copertura e sono presupposto dell'applicazione della disciplina. Il loro ambito si va peraltro ampliando, vista la digitalizzazione dei tanti adempimenti normativi previsti e legati ad altri ambiti di reato. Molti adempimenti, legati per esempio alla tracciabilità, in passato prevedevano semplici supporti cartacei. Ora non è più così e questo ha delle conseguenze anche rispetto alle fattispecie di reato contestabili, che si allargano. Sotto il profilo organizzativo, sul tema della digitalizzazione la problematica più rilevante è la contrapposizione tra diritti. Il diritto al controllo contrapposto ad altri diritti legati, per esempio, alla tutela dei dati personali, ma anche ai diritti dei lavoratori. La domanda è se e quanto il controllo debba o possa prevalere sulle altre garanzie. La questione si è già posta per esempio rispetto alla videosorveglianza, ma per quanto riguarda i "controlli digitali" si riproporrà in maniera amplificata.

Giuffrè: Nell'ambito dell'applicazione del decreto non vedo prossimi ampliamenti del catalogo dei reati. Non è detto però che questo ampliamento non arrivi dall'interpretazione giurisprudenziale delle norme. Faccio un'osservazione: il sistema di controllo dei rischi è costruito a silos. Ogni ambito di rischio è presidiato da una fonte normativa primaria o secondaria, e ognuna prevede figure specifiche deputate ai controlli. L'unica eccezione è l'Internal Audit che ha una funzione trasversale perché i controlli li fa per tutti. Questi silos andrebbero "spezzati" e comunque sarebbe utile che comunicassero, dal momento che gli input che producono confluiscono tutti sugli organi sociali di gestione e controllo. Le best practice insegnano a sviluppare una visione olistica del sistema dei controlli. In questo contesto, anche i rischi tecnologici assu-

mono luce e prospettiva diversa: non sono più soltanto materia per super specialisti, ma impegnano la responsabilità dei vertici aziendali.

Vedete la necessità di una modifica delle norme? In quale direzione?

Chilosi: Ci sono due ambiti di intervento importanti. In primo luogo vedo la necessità di ripensare l'esimente legata alla adozione ed efficace attuazione dei modelli, facendo riferimento al rapporto con le best practice. Non è possibile – e non sarebbe nemmeno auspicabile – che le certificazioni possano portare con sé in modo "automatico" l'applicazione dell'esimente. Ma un riferimento in sede normativa a queste norme, internazionalmente riconosciute, va senz'altro considerato. Altra direzione di intervento è l'introduzione di strumenti collaborativi, pure utilizzati all'estero, che consentano all'ente una diminuzione della sanzione o addirittura l'esenzione da responsabilità nel caso in cui attui condotte riparatorie o collabori all'accertamento del fatto. Nella 231 questi aspetti non ci sono, anche se su di essi si sta faticosamente cimentando la giurisprudenza. Mi riferisco per esempio alla messa alla prova e ad altri istituti su cui il dibattito è aperto, ma che troverebbero una più corretta ed efficace collocazione all'interno della normativa.

Giuffrè: Penso che il decreto, per tornare alla metafora del ventenne, non sia stato molto aiutato a crescere. Risultato: in molte parti della magistratura c'è uno scetticismo di fondo sul fatto che le imprese possano autodeterminarsi, facendo funzionare la 231 come strumento di prevenzione della criminalità. Questi magistrati si muovono dal presupposto (mai dichiarato pubblicamente) che se vi è stato un reato, o anche solo se vi è un'ipotesi di reato, è perché la società non ha eseguito adeguatamente i suoi compiti di prevenzione, e quindi va processata e condannata. Dall'altro lato, si è storicamente registrata anche una resistenza da parte del mondo delle imprese: se non ho certezza che l'investimento in compliance 231 abbia un ritorno (cioè mi assicuri l'esimente dalla responsabilità) – dicono in tanti – tanto vale non farla. Manca un sistema retributivo o premiale convincente che dia garanzie di certezza nell'applicazione della legge. È vero, tuttavia, che con il tempo, a cominciare dalle grandi imprese – e oggi anche nelle medie e in molte delle piccole – la sensibilità su questi temi si è sviluppata e con essa un'ampia adesione alle best practice, che ha sopperito alle carenze genetiche della legge.

Anche per questo i processi di controllo di conformità vengono spesso visti come un formalismo costoso e di poco valore?

Giuffrè: È una visione miope, che spesso risulta autolimitante per le imprese che la adottano. E forse è in fase di superamento, ora che questi temi vengono considerati anche in un contesto più ampio, quello della sostenibilità. Il fatto che oggi le imprese inizino a porsi obiettivi di medio o anche lungo periodo, ma scientificamente determinati e misurabili, offre una nuova prospettiva anche alla lotta alla criminalità o alla tutela delle condizioni dei lavoratori, per fare solo due esempi. Possiamo ben sperare che la nostra 231 benefici di un po' dell'hype che circonda questi temi.

"Vedo la necessità di ripensare l'esimente legata alla adozione ed efficace attuazione dei modelli, facendo riferimento al rapporto con le best practice"

Chilosi: Io noto un'evoluzione. Gli imprenditori, lo sappiamo, sono gestori del rischio. Nel contesto di cui stiamo parlando, investono in funzione della sua diminuzione. E gli imprenditori hanno capito, aggiungerei finalmente, che i modelli non si fanno per difendersi nel processo, ma per prevenire i reati. Sembra un'affermazione banale, ma non lo è. Su questo approccio si misura il successo del Modello 231 e anche l'investimento fatto per la sua attuazione. In una prima fase non era così: si inseguiva semplicemente l'esimente. Per cui i modelli erano spesso formali, usavano un linguaggio giuridico e poco aziendale, si limitavano a "rincorrere" le norme, soprattutto negli ambiti con disposizioni regolatorie burocratiche e formali. Ora l'impresa punta ad attuare quella che si chiama "compliance integrata", integrando, appunto, i controlli relativi ai rischi di reato all'interno delle procedure operative, a tutto il sistema di "routine aziendali" che presidiano i processi.

Come associazione avete in programma iniziative legate all'anniversario del Decreto 231?

Chilosi: In giugno, proprio in prossimità del ventennale dell'entrata in vigore del decreto, terremo il nostro convegno annuale. Cercheremo di riflettere sui temi di cui abbiamo parlato fin qui. Anche nella prospettiva di individuare ed esplorare le possibilità di una riforma.