

# LA FINESTRA SUL CORTILE: I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI COME STRUMENTO DI VERIFICA DELL'EFFICACE ATTUAZIONE DEL MODELLO 231

MARIAGRAZIA PELLERINO, Avvocato penalista in Torino

ILARIA TOLIO, Avvocato penalista in Torino

Il sistema di *compliance* 231, con l'adozione del Modello organizzativo e l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza ha, come noto, effetto esimente dalla responsabilità amministrativa dell'Ente conseguente a reato.

Proprio questa conseguenza premiante per chi adotta il «sistema 231» determina la necessità di garantire che esso non sia soltanto adottato, ma anche efficacemente attuato.

Tanto che l'art. 6, comma 2, lett. e), d.lgs. 231/2001 prevede «l'introduzione di un sistema disciplinare che sanzioni il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello».

I provvedimenti disciplinari rappresentano quindi una garanzia del funzionamento e della effettiva applicazione del Modello e del fatto che l'ente possiede anticorpi che reagiscono e lo difendono dal rischio di violazione del Modello prodromico alla commissione di reato. Inoltre, dal punto di vista dell'Organismo di Vigilanza, l'attenzione ai procedimenti disciplinari può costituire quella «fonte di innesco» del flusso informativo sull'osservanza del Modello.

## **Premessa**

Il sistema di *compliance* 231, con l'adozione del Modello e l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza ha, come noto, effetto esimente dalla responsabilità amministrativa dell'Ente conseguente a reato.

Proprio questa conseguenza premiante per chi adotta il «sistema 231» determina la necessità di garantire che esso non sia soltanto adottato, ma anche efficacemente attuato.

Tanto che l'art. 6, comma 2, lett. e), d.lgs. 231/2001 prevede «l'introduzione di un sistema disciplinare che sanzioni il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello».

Dunque, i provvedimenti disciplinari rappresentano una garanzia del funzionamento e della effettiva applicazione del Modello e del fatto che l'ente possiede anticorpi che reagiscono e lo difendono dal rischio di violazione del Modello prodromico alla commissione di reato.

I procedimenti disciplinari possono poi essere conseguenza di comportamenti tenuti in violazione del contratto di lavoro e delle normative di legge e di regolamenti

interni che definiscono compiti e doveri del soggetto verso il datore di lavoro. Anche questi eventi possono essere di interesse ai fini della *compliance* 231 in quanto rappresentativi del contesto aziendale e societario e di eventuali anomalie o criticità, spesso laddove le medesime violazioni disciplinari siano reiterate.

Vi è poi un 3° profilo di rilevanza 231 dei procedimenti disciplinari con riferimento a quanto previsto dalla l. 179/2017 in materia di *whistleblowing*.

Come sappiamo tale legge ha introdotto all'interno dell'art. 6, d.lgs. 231/2001, la previsione di sanzioni disciplinari nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante o di chi effettua con dolo o colpa gravi segnalazioni che si rivelino infondate.

Così come è onere del datore di lavoro «in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa».

Queste sono le ragioni per cui i procedimenti disciplinari possono rappresentare un'efficace lente attraverso cui guardare l'effettiva attuazione del Modello e la tenuta del sistema esimente previsto dal d.lgs. 231/2001.

Queste sono anche le ragioni per cui l'Organismo di Vigilanza deve verificare la gestione e i contenuti dei procedimenti disciplinari oltre al loro esito.

Per tale motivo è importante che i procedimenti disciplinari siano tra i flussi informativi destinati all'Organismo di Vigilanza e che l'Organismo utilizzi questo strumento informativo per le sue verifiche.

### **D.lgs. 231/2001 e i procedimenti disciplinari: la previsione degli artt. 6 e 7**

Per quanto noto si ritiene opportuno, ai fini della presente trattazione, richiamare il contenuto degli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001, laddove troviamo i riferimenti al sistema disciplinare.

Al comma 2, art. 6, «Soggetti in posizione apicale e Modelli di organizzazione dell'ente» il legislatore ha previsto che il Modello, affinché possa avere efficacia esimente, deve (lett. e) «introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure [in esso] indicate».

Nella stessa disposizione il sistema disciplinare viene richiamato anche dal successivo comma 2 *bis*, dedicato alle segnalazioni *whistleblowing*, dove, con la l. 179/2017 è stato previsto che tale sistema debba contenere anche sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate (lett. d). Il successivo comma 2 *quater* prevede l'onere del datore di lavoro «in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari (...) [di] dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa».

Quanto invece all'art. 7 «Soggetti sottoposti all'altrui direzione e Modelli di organizzazione dell'ente», il comma 4 precisa che «L'efficace attuazione del Modello richiede: (...) b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello».

Ebbene si comprende subito come il sistema disciplinare sia un elemento essenziale ai fini dell'efficace attuazione e del buon funzionamento del Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Un Modello privo di sistema disciplinare non potrà quindi mai superare il vaglio del Magistrato: «(...) poco importa l'etichetta che viene data al Modello (...): ciò che importa è che il Modello presenti il contenuto minimo essenziale previsto dall'art. 6, cioè un organo di controllo e protocolli di decisione, un sistema disciplinare, procedure che regolino flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza e prevedano veri e propri obblighi di informazione, precisa individuazione delle aree di rischio. Quindi per riconoscere la sussistenza dell'esimente occorre verificare che, prima della commissione del reato, fosse stato adottato un Modello che rispettasse detto contenuto minimo, indipendentemente dal fatto che questo fosse o meno conforme a precedenti Codici di autodisciplina redatti da istituzioni rappresentative di determinati settori di attività» (Corte d'Appello Milano, sez. II, sent. 18 giugno 2012, caso Impregilo).

Affinché possa essere considerato idoneo e quindi possa concorrere al giudizio di adeguatezza ed efficace attuazione del Modello, il sistema disciplinare non potrà esistere solo sulla carta. Ciò significa che se da un lato dovranno essere svolti periodici controlli sul rispetto del Modello e delle procedure, dall'altro, laddove si riscontrino delle violazioni dovrà essere attivato il procedimento sanzionatorio.

A tale proposito, in tema di giudizio di adeguatezza del Modello organizzativo, i giudici di legittimità hanno precisato che «l'approntamento di un Modello, ai sensi del d.lgs. 231/2001, art. 6, comma 1, lett. b), non è sufficiente ad esimere una società da responsabilità amministrativa, essendo anche necessaria l'istituzione di una funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza di Modelli, attribuita a un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, nonché la previsione di «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (ovviamente per rendere «credibile» il potere di controllo)» (Cass. pen., sez. II, sent., ud. 27 settembre 2016, 09 dicembre 2016, 52316).

Naturalmente l'attuazione del «sistema sanzionatorio 231» prescinde dall'eventuale avvio di un procedimento giudiziario a carico dell'ente in conseguenza della commissione di un reato presupposto da parte di un suo soggetto apicale o sottoposto.

Anzi, tale sistema dovrebbe proprio servire ad intercettare e, a sanzionare, quei comportamenti (specie quando reiterati) in contrasto con le regole del Modello prima che gli stessi possano condurre alla realizzazione di fattispecie di reato rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Occorre, infatti precisare come il sistema disciplinare richiesto dal legislatore del 2001 debba essere orientato a sanzionare, oltre i fatti che costituiscono reato, condotte che, di regola, sono prodromiche alla sua commissione ovvero siano tali da eliminare od attenuare l'efficacia preventiva del Modello organizzativo.

Il procedimento disciplinare scatta, ad esempio, in caso di violazioni di regolamenti o di procedure e protocolli che sono posti proprio a presidio del rischio da reato: l'*iter* di selezione del personale, l'affidamento di una consulenza o la scelta del fornitore.

Non è chi non veda come il processo operativo che violi tali disposizioni pensate dall'ente come tutelanti rispetto al rischio da reato (ad esempio, reati contro la Pubblica Amministrazione) genera un allarme a fronte del quale l'ente non può non intervenire.

L'apertura del procedimento disciplinare non è importante solo per l'aspetto sanzionatorio, ma anche perché è sintomatico dell'impegno della società di attuare e non solo adottare il Modello 231.

Un sistema disciplinare volto a sanzionare comportamenti già di per sé costituenti reato finirebbe per duplicare inutilmente le sanzioni poste dall'ordinamento statale (pena per la persona fisica e sanzione *ex* Decreto 231 per l'ente). Invece, ha senso prevedere un apparato disciplinare se questo opera come presidio interno all'impresa, che si aggiunge e previene l'applicazione di sanzioni «esterne» da parte dello Stato.

Quindi si può affermare che il sistema disciplinare, prima ancora di ricoprire un ruolo fondamentale nel giudizio di efficacia del Modello e contribuire alla sua valenza esimente, in caso di «procedimento 231», svolge una chiara funzione preventiva e deterrente rispetto a condotte propedeutiche alla commissione di reati ed un indicatore della effettiva ed efficace attuazione del sistema 231.

### **Il sistema disciplinare quale elemento distintivo del Modello 231 dagli altri sistemi di *compliance***

Il sistema disciplinare (così come la presenza dell'Organismo di Vigilanza) costituisce poi un elemento distintivo del Modello *ex* d.lgs. 231/2001 rispetto ai sistemi di gestione aziendale certificati.

Sul punto non può non citarsi la pronuncia della Cass. pen., sez. VI, sent. 13 settembre 2017, 41768 (ud. 22 giugno 2017) laddove afferma: «per quanto riguarda il profilo attinente all'insussistenza del Modello organizzativo, la sentenza impugnata ha rilevato che i modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possono essere ritenuti equivalenti ai modelli richiesti dal d.lgs. 231/2001, perché non contenevano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del Modello e si riferivano eminentemente al controllo della qualità del lavoro nell'ottica del rispetto delle normative sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o degli interessi tutelati dai reati in materia ambientale. Ha poi osservato che il Modello cd. «Deloitte» non solo è stato adottato nel dicembre 2003, e, quindi, in ogni caso, in data successiva a quella di commissione dei reati presupposto, ma non conteneva, tra l'altro, né il Codice di comportamento e le relative procedure, né il Codice etico, né le procedure per la conoscenza dei modelli, né il sistema sanzionatorio».

Se numerosi sono i punti di contatto tra il sistema 231 e i sistemi di gestione aziendale, la (necessaria) previsione, da parte del legislatore, di un apparato disciplinare idoneo a sanzionare le violazioni del Modello, ai fini della valenza esimente dello stesso, non fa che sottolineare la differenza ontologica tra Modello 231 e sistemi di gestione e ribadire come soltanto il 1° possa dar luogo all'esclusione da responsabilità dell'ente nell'ipotesi di commissione di uno dei reati presupposto.

E nella giurisprudenza, come visto, il sistema disciplinare è una delle peculiarità della *compliance* disegnata dal d.lgs. 231/2001, assente nei sistemi di certificazione, non avendo questi alcuna efficacia esimente per l'ente della responsabilità amministrativa da reato.

### **L'art. 30, d.lgs. 81/2008 «Modelli di organizzazione e di gestione»**

La necessità della presenza del sistema disciplinare ai fini dell'effettività del Modello trova conferma anche nella disposizione dell'art. 30, d.lgs. 81/2008 che,

come noto, detta quelli che devono essere i requisiti e contenuti essenziali di un Modello per avere efficacia esimente della responsabilità dell'ente in caso di infortuni sul lavoro o malattie professionali (art. 25 *septies*, d.lgs. 231/2001). Al comma 3, il legislatore richiede la previsione, all'interno del Modello, di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure in esso indicate.

L'unicità del Modello 231 quanto alla sua funzione di esimente da responsabilità per l'ente, rispetto ad altri sistemi di gestione, non si ritiene scalfita dal dettato del comma 5, art. 30 citato, laddove è previsto che «In sede di prima applicazione, i Modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL), 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti».

(Peraltro, non è dato sapere se il limite temporale dell'*incipit* «In sede di 1° applicazione», essendo ormai trascorso più di un decennio, possa considerarsi superato, così come se il richiamo allo *standard* OHSAS 18001:2007 possa ora considerarsi riferito al nuovo *standard* ISO 45001...).

Invero, sul punto era intervenuta la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 11 luglio 2011, avente ad oggetto chiarimenti sul sistema di controllo (comma 4, art. 30, d.lgs. 81/2008) ed indicazioni per l'adozione del sistema disciplinare (comma 3, art. 30, d.lgs. 81/2008) per le aziende che hanno adottato un Modello organizzativo e di gestione definito conformemente alle Linee guida UNI-INAIL o alle BS OHSAS 18001:2007.

Tale documento, nel fornire alle aziende indicazioni sull'adozione dei Modelli di organizzazione e gestione della sicurezza, precisa che all'esito del confronto tra Linee guida UNI-INAIL e lo *standard* BS OHSAS 18001:2007 con quanto richiesto dall'art. 30, d.lgs. 81/2008, l'unica parte non corrispondente è quella relativa al sistema disciplinare («Per «non corrispondente» si intende che il sistema disciplinare non è indicato come requisito del Sistema di Gestione della Salute e Sicurezza sul Lavoro descritto dalle Linee guida UNI-INAIL e dalle BS OHSAS 18001:2007, mentre è espressamente richiesto come requisito essenziale dall'art. 30, d.lgs. 81/2008»).

Proprio a fronte della rilevata assenza del sistema disciplinare nelle Linee guida e nello *standard* richiamati dalla norma, la Circolare fornisce indicazioni alle aziende ai fini dell'adozione di procedure per individuare e sanzionare i comportamenti che possano favorire la commissione dei reati (in questo caso il riferimento è all'art. 25 *septies*, d.lgs. 231/2001) e il mancato rispetto delle misure previste nel Modello.

Un'ulteriore conferma quindi del sistema disciplinare quale elemento strutturale indefettibile del Modello organizzativo.

D'altra parte, la mancata osservanza delle misure antinfortunistiche da parte dei lavoratori espone l'ente alla contestazione di responsabilità 231 per l'eventuale infortunio e l'applicazione della sanzione disciplinare o, quantomeno, l'apertura di un procedimento disciplinare, portano il monitoraggio e il controllo da parte della società sulla effettiva osservanza dei presidi previsti.

Facendo un salto nell'attualità: tra le sanzioni disciplinari applicate, gli OdV iniziano a verificare quelle comminate a coloro che non indossano la mascherina, DPI per il contrasto del rischio contagio Covid-19.

## **Le segnalazioni *whistleblowing***

Se, come si è visto, il sistema disciplinare rappresenta il «contenuto minimo» del Modello ai fini della sua efficace attuazione è necessario non solo che esso sia conosciuto da tutti i destinatari del Modello, ma anche che quest'ultimo sia dotato di adeguati strumenti idonei a raccogliere le notizie di violazioni nonché della capacità di sviluppare autonome e adeguate investigazioni sulle medesime.

Ecco allora che la possibilità prevista dalla l. 179/2017 di presentare, «a tutela dell'integrità dell'ente», segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del Decreto 231 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del MOG di cui il segnalante sia venuto a conoscenza in ragione delle funzioni svolte all'interno di un sistema garantistico, quale è quello delineato dall'intervento legislativo citato, può quindi costituire un utile *input* ai fini dell'attivazione del sistema disciplinare.

Se l'istruttoria compiuta in seguito alla ricezione della segnalazione *whistleblowing* conferma la violazione del Modello non potrà non essere attivato il sistema disciplinare, pena l'inefficacia di tutto il sistema adottato dalla società in attuazione del d.lgs. 231/2001.

Le segnalazioni *whistleblowing*, dunque, sono funzionali ad un «sano» funzionamento del Modello 231 consentendo di sanzionare condotte improprie rispetto al Codice etico o inosservanti delle regole interne a presidio del rischio da reato.

Tuttavia, il sistema disciplinare garantisce anche dal cattivo uso del sistema introdotto dalla l. 179/2017 prevedendo di perseguire coloro che propongono artatamente e deliberatamente segnalazioni infondate.

## **Le caratteristiche generali del sistema disciplinare**

Se il legislatore è stato chiaro nell'esprimere la necessità di adozione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure previste dal Modello, in assenza del quale, quest'ultimo mai potrebbe essere considerato adeguato, così non è per quanto concerne i contenuti e le specifiche di tale sistema, di cui nulla si trova nel dettato normativo e la cui definizione è stata rimessa alle scelte organizzative dei singoli enti.

Come sappiamo, avendo ormai il Decreto 231, compiuto vent'anni, i sistemi disciplinari sono stati costruiti attingendo dalle previsioni dello Statuto dei Lavoratori, dei CCNL, dalle Linee guida delle principali associazioni di categoria, dalla prassi e dalla giurisprudenza.

Quanto alle principali caratteristiche – che si richiamano brevemente – avendo il sistema disciplinare una funzione fondamentalmente preventiva, si è ritenuto opportuno che esso prevedesse una pluralità di sanzioni (individuate nel dettaglio), graduate in ragione della gravità delle violazioni riscontrate (partendo quindi da sanzioni «minori», di tipo conservativo, per le infrazioni più tenui, fino ad arrivare a provvedimenti idonei a interrompere il rapporto tra l'ente ed il soggetto che ha commesso la violazione, nei casi più gravi).

Lo spunto per l'elaborazione concreta del sistema disciplinare sono stati, almeno per quanto riguarda i soggetti che hanno un rapporto di lavoro subordinato con l'ente, lo Statuto dei Lavoratori e i CCNL, con i quali si è resa necessaria un'armonizzazione.

Il sistema volto all'esercizio del potere disciplinare deve rispettare i principi, richiamati dalla Corte costituzionale nella sent. 220/1995 di:

- proporzione in quanto la sanzione da irrogare dovrà essere parametrata alla maggiore o minore gravità dell'atto contestato;
- contraddittorio, assicurando il coinvolgimento del soggetto interessato nel rispetto della regola «*audiatur et altera pars*».

All'interno del Modello organizzativo deve essere chiaramente indicato il soggetto deputato a valutare e disporre i provvedimenti/contestazioni disciplinari per le violazioni del medesimo, così come deve essere esplicitato il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'ambito della procedura sanzionatoria.

Ancora, il sistema deve essere conosciuto da tutti i destinatari del Modello, dipendenti e non dell'ente (tenendo peraltro in considerazione le differenze tra la normativa giuslavorista privata e quella del pubblico impiego) e adeguatamente pubblicizzato anche attraverso specifiche attività di informazione e formazione.

Va da sé che il sistema dovrà essere differenziato, nell'individuazione delle sanzioni, in funzione della natura del rapporto che lega il soggetto sottoposto a procedimento disciplinare all'ente e quindi troveremo previsioni diverse a seconda che si tratti di amministratori, dirigenti o dipendenti, piuttosto che di soggetti esterni quali consulenti o collaboratori e via dicendo.

### **Flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza**

I flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza costituiscono uno dei principali strumenti di riscontro del buon funzionamento e della concreta attuazione del Modello, contribuendo in tal senso a garantire l'efficacia esimente a quest'ultimo accordata.

L'attività di vigilanza sull'efficacia del Modello e di accertamento di eventuali violazioni dello stesso e del Codice etico da parte dell'Organismo a ciò preposto risulta agevolata dalle informazioni (periodiche o ad evento) che le singole funzioni aziendali trasmettono.

Certamente si dovrà fornire evidenza all'OdV dei procedimenti disciplinari svolti per violazioni del Modello, dei relativi esiti e motivazioni e delle eventuali sanzioni irrogate.

I provvedimenti disciplinari rappresentano uno strumento imprescindibile per l'OdV per verificare il grado di osservanza del Modello, del Codice etico e delle procedure aziendali, a dimostrazione dell'effettiva attuazione del sistema 231.

Secondo le *best practices* ampiamente diffuse, l'OdV deve ricevere (con cadenza semestrale) l'elenco generale dei provvedimenti disciplinari irrogati al personale dipendente in violazione delle normative di legge e di regolamenti interni che definiscono compiti e doveri del soggetto verso il datore di lavoro (con indicazione della contestazione e della sanzione irrogata).

Il contenuto della condotta oggetto di addebito può accendere una «spia di allarme» circa eventuali anomalie o criticità di cui l'OdV non ha magari avuto altrimenti notizia. Dunque, una fondamentale riserva di conoscenza sull'operatività e applicazione delle misure che formano il *corpus* procedurale posto a mitigare il rischio da reato. Questi eventi sono di interesse ai fini della *compliance* 231 in quanto rappresentativi del contesto aziendale e societario, soprattutto laddove le medesime violazioni disciplinari siano reiterate.

L'OdV potrebbe quindi ricavarne elementi utili per orientare la propria attività di controllo su determinate aree (più inclini alla violazione delle regole) piuttosto che su altre.