



**D.LGS. N. 231/2001 E L. N. 190/2012:
UNA COMPARAZIONE IN MERITO ALLA VALUTAZIONE DEL RISCHIO
INERENTE**

**di Marco Befera – Responsabile della prevenzione della corruzione di CONI
SERVIZI**

Premessa

La logica normativa alla base della lotta alla corruzione, sia a livello nazionale che internazionale, è oggi caratterizzata da due fondamentali aspetti:

- la responsabilità amministrativa delle Società per i fenomeni corruttivi a vantaggio e/o interesse della società stessa e posti in essere dal proprio personale;
- la prevenzione dei fenomeni corruttivi all'interno della pubblica amministrazione.

Il d.lgs. n. 231/2001 nasce dall'esigenza di contrastare la diffusione e l'aumento empiricamente oggettivo (a livello nazionale e internazionale) del fenomeno delle "frodi", specialmente di tipo economico-societario e corruttivo, che appare sempre più chiaramente come conseguenza di una precisa volontà dell'impresa, spesso espressa dagli stessi vertici societari.

Il sistema normativo italiano si è quindi dotato di uno strumento nuovo volto a reprimere e punire le Società nel caso in cui dalla condotta illecita di un soggetto interno, apicale e non apicale, la Società abbia tratto vantaggio o interesse. A differenza di altri ordinamenti internazionali, il sistema introdotto dal d.lgs. n. 231/2001 non prevede una forma di responsabilità oggettiva, ma la possibilità, in capo alla Società, di dimostrare di essersi dotata di strumenti idonei a contrastare il verificarsi dell'evento-reato (con chiara inversione dell'onere della prova).

Nel 2012, il sistema normativo italiano si è dotato un ulteriore strumento, la c.d. "Normativa anticorruzione", volto a contrastare i fenomeni corruttivi nella sfera pubblica, ovvero nella controparte pubblica della "dialettica" corruttiva.

La "normativa anticorruzione", oltre ad aver modificato e introdotto alcuni reati penali, ha disposto la necessità per le pubbliche amministrazioni di dotarsi di un sistema anticorruzione, che presenta logiche e strumenti simili a quelli previsti per le Società private dal d.lgs. n. 231/2001 ma con una sostanziale differenza: gli obblighi di trasparenza.



L.190/2012	D.lgs.231/2001
Piano di Prevenzione della Corruzione	Modello organizzativo
Codice di comportamento	Codice Etico
Valutazione e gestione del rischio corruzione	Valutazione e gestione del rischi-reato
Gestione segnalazioni - whistleblowing	Gestione segnalazioni
Formazione e Rotazione del personale	Formazione
Adempimenti trasparenza	
Responsabile della Prevenzione e della Trasparenza	Organismo di Vigilanza - ODV

Inoltre, mentre la normativa anticorruzione ha un'impostazione sostanzialmente "verticale", ovvero si concentra esclusivamente sui reati commessi nei confronti della pubblica amministrazione (corruzione su tutti) ed anche sulle condotte che non costituiscono necessariamente un illecito, il d.lgs. n. 231/2001 ha un'estensione "orizzontale" più ampia e riguarda molte tipologie di reato (societari, ambientali, salute e sicurezza sul lavoro, ecc.).

Logiche di identificazione e valutazione del rischio inerente applicate al d.lgs. n. 231/2001 e alla legge n .190/2012

Premesso quanto sopra, appare di interesse effettuare un approfondimento sulle modalità logiche di identificazione e valutazione del rischio "corruzione" applicabile alle due normative, anche sulla base di documenti quali le Linee Guida delle associazioni di categoria (d.lgs. n. 231/2001) ovvero il Piano Nazionale Anticorruzione e i suoi aggiornamenti (legge n. 190/2012).

I rischi sono definiti dagli "eventi-reato" richiamati dalle normative e in tal senso appaiono come un "elenco chiuso" (per la normativa "anticorruzione" i rischi sono definiti anche dalle condotte che, pur configurando reato, costituiscono comportamenti amministrativi contrari alle norme etiche quali, ad esempio, statuti, policy interne o codici etici/comportamento).

Le normative definiscono tipologie o classi di reato (es: corruzione, peculato,...) e per individuare i rischi in modo concreto è necessario un approccio cognitivo volto ad individuare specifiche ipotesi realizzative della condotta tipica della fattispecie nell'ambito dei processi e della attività effettivamente svolte dall'ente/azienda.

In tal senso un processo aziendale può essere rappresentato sia come un flusso di attività, logicamente e temporalmente ordinate e finalizzate a determinati



risultati/prodotti, ovvero come un insieme o sequenza di eventi, ognuno con una probabilità di realizzazione e un relativo impatto.

Questa modalità di rappresentazione del processo è molto utile a costruire ipotesi realizzative specifiche e, utilizzando un approccio statistico, permette di trarre conclusioni, ragionevolmente valide ancorchè non matematicamente misurabili, in termini di probabilità di esposizione al rischio delle diverse realizzazioni dei processi aziendali.

In altri termini e in modo semplificato, si tratta di effettuare delle rilevazioni ripetute dello stesso processo aziendale: osservando le diverse realizzazioni del processo in un dato momento (t), si ottiene una variabile aleatoria $X(t)$ che comprende i diversi valori che il processo potrebbe assumere in quel preciso istante (t).

Tali valori, rilevati all'istante (t), si distribuiranno presumibilmente come una curva normale (o di Gauss), attorno al valore medio. Quindi per ciascun istante di tempo si può definire il valore più probabile del processo con il relativo indice di scostamento o deviazione standard.

Ai fini dell'individuazione di un uno specifico rischio, per ciascun processo aziendale, è necessario valutare se tra i possibili valori che il processo potrebbe assumere in ogni istante di tempo (t) (oltre quello che mediamente e "normalmente" assume in quel dato momento) è possibile identificare un valore che rappresenti una condotta tipica prevista dalla fattispecie penale.

Si supponga di dilatare l'istante di tempo (t) in modo discreto fino a fargli "ricomprendere" una singola attività/fase del processo.

A titolo esemplificativo, nel processo "Gestione delle ispezioni da parte di pubblici ufficiali" in un dato momento (t) il valore normale del processo è "il soggetto aziendale fornisce la documentazione al momento della richiesta del pubblico ufficiale".

Tuttavia, per quel dato momento, è possibile ipotizzare anche il seguente valore "non normale" (e pertanto posizionato in punto differente della campana gaussiana, magari sulle "ali"): "il soggetto aziendale promette danaro o altra utilità nel momento della richiesta del pubblico ufficiale".

Abbiamo così identificato un rischio specifico (corruzione di pubblico ufficiale in caso di ispezioni) inteso come un ipotetico valore che un processo aziendale può assumere in dato momento (t) a cui devono essere associati sia una "probabilità" che un "impatto".

Tale associazione o ponderazione del rischio ha il solo scopo di stabilire le priorità di trattamento dei rischi individuati (es: in termini di misure di controllo da implementare, effettuazione di audit, implementazione di flussi informativi,...).

Le priorità dovranno ricomprendere gli ambiti operativi in cui l'azienda/l'ente è ragionevolmente più esposta al rischio, anche in considerazione di situazioni empiriche



e di contesto (ad esempio schemi corruttivi tipici del settore, casi storicamente accaduti).

La probabilità di accadimento di un rischio/reato è ragionevolmente (e non matematicamente) determinabile in base a due criteri (opportunità e pressione) derivanti dalla teoria del cd “triangolo della frode”.

La probabilità può quindi essere valutata in relazione alle seguenti variabili:

1. **complessità della realizzazione della condotta (opportunità)** è definita in relazione ad elementi quali il numero di soggetti/uffici che è necessario coinvolgere nell’ipotesi realizzativa, la pubblicità/diffusione degli atti/documenti oggetto di abuso, la complessità tecnica/fruibilità di tali documenti, etc.;
2. **concretezza dell’interesse (pressione)** del soggetto corruttore/concusso ovvero l’interesse/vantaggio ipotizzabile dalla condotta è definito in modo estremamente specifico al fine di determinare la reale **“spinta motivazionale”**.

A titolo esemplificativo, per ciascuna variabile, potrebbero essere definiti i seguenti tre livelli:

Variabile	Alto	Medio	Basso
Complessità di realizzazione della condotta	<p>Il numero di soggetti da coinvolgere per la certa realizzazione è superiore a tre e tali soggetti appartengono a strutture differenti.</p> <p>La condotta realizzativa coinvolge numerosi sistemi informativi dotati di controlli applicativi.</p> <p>Gli atti in cui si sostanzia la condotta presentano un elevato grado di diffusione e contenuti facilmente fruibili.</p>	<p>Il numero di soggetti da coinvolgere per la certa realizzazione è inferiore a tre e tali soggetti appartengono a strutture differenti.</p> <p>La condotta realizzativa comporta il coinvolgimento di un sistema informativo dotato di controlli applicativi.</p> <p>Gli atti in cui si sostanzia la condotta sono comunicati solo a determinate categorie di soggetti e presentano contenuti tecnici di non</p>	<p>I soggetti da coinvolgere appartengono ad un'unica struttura.</p> <p>La condotta realizzativa non è articolata e non comporta l'utilizzo di sistemi informativi dotati di controlli applicativi.</p> <p>Gli atti in cui si sostanzia la condotta sono comunicati solo a richiesta e presentano contenuti altamente tecnici.</p>



		immediata fruibilità.	
Concretezza dell'interesse o vantaggio del soggetto	<p>Il vantaggio o l'interesse ipotizzabile dalla condotta è altamente plausibile, concreto, diretto e immediato sia in capo al soggetto passivo che attivo.</p> <p>Sono presenti casi storici documentati relativi alla fattispecie in esame.</p>	<p>Il vantaggio o l'interesse ipotizzabile dalla condotta è ipotizzabile ma configura una serie di spinte motivazionali deboli, indirette e/generiche e che dovrebbero agire in modo concorrente.</p> <p>Sono presenti pochi casi storici documentati relativi allo schema realizzativo della fattispecie</p>	<p>Il vantaggio o l'interesse seppur ipotizzabile è di poco rilievo in termini di spinta motivazionale.</p> <p>Non sono presenti casi storici documentati relativi alla fattispecie.</p>

La valutazione sintetica del livello di probabilità (Alta, Media, Bassa) potrebbe venire effettuata attraverso una matrice come quella sotto riportata a titolo esemplificativo.

Livello di probabilità

Complessità	Basso	M	A	A
	Medio	B	M	A
	Alto	B	B	M
		Basso	Medio	Alto
		Interesse/vantaggio		

La logica di valutazione della probabilità sopra esposta non presenta particolari differenze relazione per i rischi individuati in riferimento al d.lgs. n. 231/2001 e alla legge n. 190/2012.



Per quanto concerne l'impatto, la valutazione presenta alcune differenze, come di seguito esposte.

Infatti, l'impatto potenziale di un evento corruttivo può esplicitarsi alternativamente in relazione alle seguenti dimensioni:

- a) **reputazionale**: può essere valutato in relazione al livello di diffusione delle notizie da parte dei media e le relative conseguenze sull'immagine;
- b) **economico - finanziario**: può essere valutato in relazione alla materialità del danno generato alla Società/Ente dalla commissione di un reato;
- c) **legale sanzionatorio**: è connesso alle conseguenze dell'avvio di un procedimento giudiziario e/o l'irrogazione delle relative sanzioni alla Società/Ente.

Nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001 l'impatto potenziale può considerarsi una "costante" in relazione alla dimensione "legale sanzionatorio", riconoscendo con ciò che discettare sulle possibili declinazioni della gravosità delle sanzioni per definire un livello di rischio inerente appare quantomeno fuorviante e inutile.

L'impatto economico-finanziario, in termini di danno arrecato dalla condotta alla Società o Ente, è invece da considerarsi fuori scopo, poiché le ipotesi di rischio prese in considerazione nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001 sono a interesse o vantaggio della Società/Ente.

L'impatto reputazionale appare una dimensione costante, poiché a fronte del reato presupposto, il coinvolgimento della Società/Ente fa parte dell'ipotesi di condotta stessa.

Per quanto sopra, per la ponderazione dei rischi nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001, appare opportuno riferirsi a considerazioni basate esclusivamente sul concetto di probabilità.

Differente è il caso dell'impatto del rischio nell'ambito della legge n. 190/2012, anche in considerazione del fatto che l'ipotesi di reato può generare un danno per l'Ente, che si può verificare un differente impatto mediatico in relazione al tipo di reato, alla sua gravità, agli Enti/Società coinvolti e che non vi sono speculari sanzioni per l'Ente stesso.

In questo caso è possibile declinare l'impatto come, ad esempio, nella tabella che segue.

Dimensioni	Alto	Medio	Basso
Danno reputazionale	Attenzione da parte dei media nazionali (e internazionali) con	Attenzione perdurante di media locali con	Minima attenzione a livello di media locali e con una durata di



	danni di lungo termine all'immagine pubblica.	conseguenze sugli stakeholder.	breve termine.
Impatto finanziario	Il danno economico finanziario stimabile è maggiore dell'1% del valore della produzione	Il danno economico finanziario stimabile è compreso tra il 0,5% ed il 1% del valore della produzione	Il danno economico finanziario stimabile è minore del 0,5 % del valore della produzione
Legale sanzionatorio	Non Applicabile		

In conclusione, a differenza della ponderazione del rischio inerente per il d.lgs. n. 231/2001 che è fondamentalmente basata sulla declinazione della probabilità ad impatto costante, per la legge n. 190/2012 si potrebbe costruire una ponderazione basata su una matrice probabilità/impatto come quella che segue.

Livello di rischio inerente

Probabilità	Alto	M	A	A
	Medio	B	M	A
	Basso	B	B	M
		Basso	Medio	Alto

Impatto potenziale

In entrambi i casi è fondamentale che la valutazione del rischio inerente si basi su ipotesi ragionevolmente valide, ancorché non matematicamente misurabili, con la finalità di definire delle priorità di analisi e azione.

Un ultimo aspetto di approfondimento riguarda la ponderazione del rischio in caso di integrazione tra il modello ex d.lgs. n. 231/2001 e il Piano di Prevenzione della Corruzione, come ad esempio nel caso delle Società in controllo pubblico non quotate. In tali casi può verificarsi che nell'ambito dello stesso processo, ad esempio "selezione e assunzione del personale", in un determinato momento (t), si possano ipotizzare, oltre il valore normale "assunzione di persona" i due seguenti valori:



ipotesi a. assunzione di persona legata al pubblico ufficiale che effettua i controlli sulla Società;

ipotesi b. assunzione di persona a seguito di utilità promessa o richiesta al/dal responsabile delle risorse umane.

L'ipotesi corruttiva sub a), essendo foriera di interesse per la Società, è oggetto di valutazione in ambito d.lgs. n. 231/2001, ma, data la fattispecie, non può non essere presa in considerazione anche in ambito legge n. 190/2012.

L'ipotesi sub b), non essendo connessa a vantaggi per la Società, è oggetto di valutazione in ambito legge n. 190/2012 e non anche in ambito d.lgs. n. 231/2001.

Quanto sopra sta a significare che:

1. una stessa ipotesi (vedi ipotesi sub a) potrebbe essere oggetto di differenti valutazioni da parte del Responsabile della prevenzione della corruzione e da parte dell'Organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001.
2. le ipotesi corruttive prese in considerazione dall'Organismo di vigilanza non possono non essere oggetto di valutazione da parte del Responsabile della prevenzione della corruzione, ma non è vero il contrario (vedi ipotesi sub b).

In altri termini le problematiche connesse all'integrazione tra Modello 231 e Piano della prevenzione della corruzione possono essere risolte stabilendo e formalizzando un'adeguata e continua dialettica tra l'Organismo di vigilanza e il Responsabile della prevenzione della corruzione, sia in fase di analisi preventiva che di definizione degli interventi, poiché, al di là delle rispettive e differenti responsabilità giuridiche, gli obiettivi e l'ambito di intervento presentano aspetti indiscutibilmente comuni dal punto di vista sia logico- cognitivo che propriamente empirico-fattuale.

Riferimenti bibliografici:

F. Centonze, *Controlli Societari e Responsabilità Penale*, Milano, 2009

A. de Maio (a cura di), *Gestire l'innovazione e innovare la gestione*, Milano, 1994

L. Sawyers, *The practice of modern internal audit*, in *The Institute of Internal Auditors*, 2003

R. Wrigth, *Guide to risk assessment*, in *The Institute of Internal Auditors*, 2013