

## IL SISTEMA DISCIPLINARE DELLA 231

### 1. Introduzione

La concreta attuazione del Modello Organizzativo ex D.lgs. 231/2001 è necessariamente collegata all'efficace previsione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate all'interno del Modello. Nel sistema americano, che ha inevitabilmente ispirato il legislatore nella strutturazione del Modello 231, l'apparato sanzionatorio rappresenta il perno ineliminabile per l'efficace funzionamento dei c.d. *compliance programs*.

Il sistema sanzionatorio ha un ruolo centrale all'interno di ogni Modello Organizzativo soprattutto per la sua funzione preventiva e deflattiva: un Modello privo dell'espressa indicazione del corpus sanzionatorio e disciplinare è un modello inefficace, specialmente quando tali mancanze si riferiscono ai soggetti in posizione apicale (ex art. 6 comma 2 lett. e).

Appare chiaro che l'attuazione delle misure disciplinari e sanzionatorie previste dai Modelli organizzativi prescinde dall'eventuale istaurazione di un giudizio penale a seguito di reato eventualmente commesso dai soggetti indicati all'interno degli art. 6 comma 2 lett. e art. 7 comma 4 lett. b) ex D.lgs. 231 /2001. Anzi, l'obiettivo principale di un Modello organizzativo efficace è evitare il coinvolgimento penale dei soggetti ai quali è rivolto, con l'adozione di un meccanismo di sanzioni disciplinari. Se il sistema disciplinare deve svolgere una funzione esimente rispetto al possibile ventaglio di violazioni, è necessario che questo esponga in modo chiaro il ventaglio di misure disciplinari applicabili a chiunque non osservi le misure organizzative adottate, secondo un principio di valutazione *ex ante* che verifichi le singole violazioni e a queste attribuisca proporzionalmente una giusta sanzione in attuazione di una forbice crescente di gravità. In altre parole, detti modelli devono:

- A) prevedere specifici protocolli diretti a programmare il processo decisionale dell'impresa in relazione ai reati da prevenire;
- B) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati;
- C) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Se sotto il profilo positivo, la legge esprime re la necessità di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate dal modello, dall'altro lato, gli strumenti giuridici a disposizione delle imprese al fine dare concretezza sostanziale all'idoneità *ex lege* richiesta non sono dettagliatamente specificati. Emerge quindi, in riferimento alla corretta individuazione del sistema disciplinare, una lacuna contenutistica che rimette l'intero sistema alle scelte organizzative e di gestione della società.

Il cortocircuito legge-singoli modelli, oltre alle generiche indicazioni normative di cui agli art. 6 e 7 del D.lgs. 231/2001, crea tanti sistemi disciplinari, quanto sono le imprese che hanno adottato gli stessi, in ragione di un'evidente frammentarietà prevista dalla legge. Tali scarse indicazioni impongono alle imprese di attuare integrazioni in ragione:

- della corretta individuazione delle sanzioni applicabili;
- dei soggetti competenti all'iniziativa e all'esercizio del potere disciplinare;
- delle corrispondenti regole procedurali.

Tale lacuna è colmata attingendo dalle disposizioni del Contratto Collettivo Nazionale applicabile nei confronti dell'impresa, dal sistema disciplinare previsto dallo Statuto dei Lavoratori o dalle Linee Guida delle principali associazioni di categoria (come a titolo esemplificativo: Linee Guida di Confindustria).

## 2. L'uso nel sistema giuslavorista

Le norme di diritto del lavoro assumono quindi un valore più ampio del mero rapporto sinallagmatico datore-prestatore di lavoro, avendo una connotazione penal-preventiva che poco si allinea alla *ratio* dell'intero sistema del Modello 231.

In tale contesto, il sistema giuslavoristico è assorbito da quello penale (tipico di ogni modello organizzativo) per svolgere funzioni sostanzialmente diverse per natura, contenuti e finalità. Tra i due sistemi, dove l'uno è al servizio dell'altro, emerge fin da subito che l'utilizzazione del sistema giuslavoristico per scopi pubblicistici-preventivi, deve necessariamente passare per un vaglio di compatibilità e un processo modificativo che conferisca il requisito dell'idoneità e dell'efficienza necessaria in ogni Modello Organizzativo che si rispetti per quanto attiene al sistema disciplinare.

A tal proposito, infatti, emerge chiaramente la differente natura del potere datoriale tra i due differenti settori giuridici in riferimento all'esercizio del potere disciplinare.

Per il diritto del lavoro nella sua accezione privatistica, il datore di lavoro può esercitare il suo potere disciplinare a seguito di violazioni del prestatore di lavoro (la natura giuridica è quindi quella di un potere del datore di lavoro nei confronti del suo lavoratore). Per i rapporti di lavoro dei lavoratori impegnati nel pubblico impiego, si tratta invece di uno specifico obbligo del dirigente (*ex artt. 55 e ss. del D.Lgs. 165/2001*), configurando una propria responsabilità dirigenziale-disciplinare nell'ipotesi in cui lo stesso dirigente non abbia sanzionato il suo gerarchicamente sottoposto in caso delle violazioni previste dalla legge.

Tralasciando quindi le natura di obbligo-potere previste per il mondo giuslavoristico, l'applicazione delle sanzioni di cui al D.lgs. 231/2001 integra un preciso onere di efficace attuazione del Modello Organizzativo: nulla a che vedere con la natura di potere/obbligo previsto dal mondo tipicamente giuslavoristico.

Occorre altresì evidenziare la diversa natura dei due sistemi disciplinari:

- il sistema disciplinare di cui al D.lgs. 231/2001 ha una matrice prevalentemente pubblicistica, con la sua funzione deflattiva nell'ottica della prevenzione della commissione dei reati, applicandosi ai soggetti di cui agli art. 6 e 7 del medesimo decreto legislativo e comunque a chiunque possa esporre la persona giuridica con il proprio comportamento a fatti penalmente rilevanti;
- Diversamente il sistema disciplinare di diritto del lavoro, secondo la sua funzione tipica, ha natura marcatamente privatistica in ragione del corpus normativo a cui rimanda e alla natura ambivalente che collega il mancato rispetto dei doveri e obblighi disciplinari del lavoratore alle sanzioni del suo datore di lavoro, senza quindi alcun riferito a funzioni pubblicistiche penal-preventive.

## 3. I principi generali della 231

Analizzando quanto statuito in materia di sistema disciplinare sotto la lente giuslavorista, occorre verificare se sia possibile enucleare principi generali utilizzabili affinché il Modello 231 adottato possa essere considerato idoneo ed efficace.

In tale contesto sembrano mescolarsi elementi di matrice giuslavoristica e interessi di profilo penalistico, soprattutto in ragione della lettura sistemica della normativa del procedimento disciplinare del D.lgs. 231/2001.

Se il sistema disciplinare dei Modelli Organizzativi ha come obiettivo principale quello di prevenire la commissione di fatti costituenti reato o comunque condotte funzionali alla commissione di reati, è bene

evidenziare che le condotte irregolari che il sistema disciplinare deve andare a sanzionare hanno la necessità di arretrare la componente di punibilità a una fase antecedente alla condotta ascrivibile al delitto tentato ex art. 56 c.p.: un terreno ibrido dove elementi di diritto del lavoro e quelli di diritto penale si mescolano in un *tertius genus* di difficile collocazione.

L'applicazione pedissequa dei principi sostanziali riferiti al procedimento disciplinare mira a scongiurare gli eccessi di discrezionalità datoriale. Le garanzie sostanziali e formali rappresentano un'importante difesa del lavoratore da eventuali abusi del datore di lavoro.

Tra i principi ascrivibili al sistema disciplinare previsto dal Modello 231, è necessario richiamare l'orientamento della Corte costituzionale (sent. 220/1995) che ha statuito che il potere disciplinare deve conformarsi ai principi di:

- A) Proporzione;
- B) contestazione dell'illecito;
- C) contraddittorio dell'interessato;
- D) conoscibilità: come quello della forma scritta e della pubblicità.

Tale sistema deve essere quindi compatibile con le norme lavoristiche e contrattuali che regolano il rapporto di lavoro intrattenuto dal soggetto da sanzionare con l'impresa. Tale requisito di compatibilità appare necessario come primo elemento atto a oleare i meccanismi di un procedimento disciplinare alimentato a doppio combustibile: norme giuslavoristiche e quelle pubblicistico-penali.

Il fondamentale principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'infrazione deve essere rispettato:

- sia in sede di irrogazione della sanzione da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere disciplinare;
- sia in sede di controllo della legittimità e della congruità della sanzione applicata.

Non deve quindi esserci sproporzione tra la sanzione comminata e l'effettiva condotta del lavoratore. Tale valutazione deve esser fatta nella sua complessità, tenendo conto la totalità delle circostanze di fatto oggettive e soggettive che hanno caratterizzato la condotta oggetto di procedimento disciplinare del datore di lavoro, nonché della condotta valutata in concreto e non in astratto. Pertanto, non sono ammissibili meccanismi sanzionatori che non consentano di calibrare la giusta e proporzionata sanzione da irrogare, ovvero escludano la possibilità di una graduazione secondo la gravità del fatto addebitato.

Tra le condizioni da analizzare in un'ottica di graduazione della sanzione proporzionata ci sono diversi elementi che attengono profili sia soggettivi che oggettivi. A titolo esemplificativo:

- A) la posizione del soggetto rispetto all'impresa;
- B) la tipologia di condotta (dolosa o colposa);
- C) l'eventuale recidiva di commissione di medesime condotte a opera del prestatore di lavoro.

Ulteriore principio è quello della conoscibilità che ha come suoi stretti corollari il principio della forma scritta e della pubblicità. A tal proposito, sulla scia di quanto disposto dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, le norme disciplinari riferite alle sanzioni, alle infrazioni e alla procedura di contestazione devono confluire in un codice di facile e immediato accesso in luogo accessibile a tutti:

- A) pubblicazione su sito aziendale;
- B) diffusione con circolare;
- C) sottoscrizione per presa visione.

Tale codice poi dovrà necessariamente divenire parte integrante del Modello Organizzativo in ragione dell'importante parametro di conoscibilità delle condotte oggetto di procedimento disciplinare.

La disciplina giuslavorista privata differisce altresì da quella pubblica: nel pubblico impiego, infatti, in ragione dell'art. 54 del D.lgs.165/2001, è prevista la pubblicazione del codice di condotta sul sito istituzionale dell'amministrazione.

Strettamente collegati alla conoscibilità delle sanzioni, tra i principi necessari al procedimento disciplinare c'è quello di natura prevalentemente privatistica della tempestiva contestazione dell'addebito che consente al prestatore di lavoro di addurre le dovute giustificazioni a difesa della sua condotta nei tempi *ex lege* previsti.

Se la *ratio* argomentativa dei procedimenti disciplinari assorbiti dal Modello Organizzativo è quella corposa trincea preventiva e deflattiva necessaria per arginare ulteriormente la commissione di condotte qualificabili come reati, occorre aggiungere un ulteriore istituto che in aggiunta alle sanzioni disciplinari può, anche in un'ottica premiale, contribuire all'attuazione di un Modello organizzativo idoneo ed efficace (per esempio, con la regolazione di sistemi di whistleblowing utili prevenire comportamenti individuali devianti: la segnalazione di irregolarità, da parte di soggetti interni a un'organizzazione, sia essa pubblica o privata, è infatti un formidabile strumento di prevenzione di illeciti commessi all'interno della stessa).

#### 4. Conclusioni

Se è vero che le lacune argomentative sotto il profilo sostanziale lasciano alcuni dubbi circa il corretto assorbimento del sistema disciplinare del Modello 231 in ragione dell'utilizzo delle norme di natura giuslavoristica, è sotto il profilo marcatamente procedurale nell'attribuzione delle funzioni riferite all'accertamento dell'illecito che il sistema presenta le sue difficoltà applicative.

Il primo corto circuito argomentativo verte sull'evidente conflitto di interessi dei soggetti in posizione apicale, i quali nella loro duplice e ambivalente posizione definiscono le sanzioni da applicare anche nei loro confronti. Un'enorme falla nel sistema disciplinare che sfocia in una discriminazione tra soggetti in posizione apicale e quelli in posizione non apicale, concretizzando un'inevitabile tutela differenziata. Occorrerà quindi parametrare e distinguere a seconda della posizione dell'incolpato all'interno della pianta organica dell'impresa, rimettere ogni decisione all'organo assembleare e non a quello amministrativo e provare a garantire la terzietà del giudizio evitando possibili conflitti di interesse.

È importante, quindi, delineare all'interno del Modello 231 adottato da ciascuna impresa quali siano le funzioni e i soggetti aziendali deputati a valutare e disporre *in primis* alle contestazioni e *in secundis* ai provvedimenti disciplinari per le violazioni del Codice Etico e comunque del Modello 231.

Un ruolo importante potrebbe essere ricoperto dall'Organismo di Vigilanza, il quale essendo ontologicamente indipendente e non avendo la natura di organo sociale, può svolgere a pieno un potere di iniziativa nell'ottica del procedimento disciplinare in considerazione dei poteri attribuiti dalla legge ex art. 6 del D.lgs. 231/2001 che prevede autonomi poteri di iniziativa da conciliare necessariamente con l'iter procedurale della comminazione di una sanzione disciplinare.

La strada verso un sistema disciplinare efficace e idoneo è ricca di difficoltà applicative: occorrerà preliminarmente allontanarsi dalla prassi che tende a ripiegare su schemi di natura giuslavorista e colmare la lacuna attraverso interventi mirati che si discostino e non attingano dal diritto del lavoro in ragione della diversa *ratio* degli istituti disciplinari.

Intervenire sui poteri di iniziativa dell'Organismo di Vigilanza e rimodulare il ruolo dei soggetti in posizione apicale, potrebbero essere i primi passi per delineare un procedimento disciplinare che sia quanto più idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello Organizzativo 231.

10 maggio 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli