

***Presupposto di “Indipendenza” e
“Competenza” dei Membri degli “Organi di
Vigilanza”***

MENFI 21 GIUGNO 2019

Dott. Eugenio Cottone



Indipendenza e Competenza

➤ L'Organismo di Vigilanza e Controllo nel privato. D.lgs 231/01.

➤ Le Funzioni:

➤ L'Organismo di Vigilanza ha il compito, di vigilare costantemente:

➤• sulla sua osservanza da parte di tutti i destinatari;

➤• sull'effettiva efficacia nel prevenire la commissione dei Reati;

➤• sull'attuazione delle prescrizioni nello stesso contenute;

➤• sul suo aggiornamento, nel caso in cui si riscontri la necessità di adeguare il Modello a causa di cambiamenti sopravvenuti alla struttura e all'organizzazione aziendale o al quadro normativo di riferimento.

➤ L'Organismo Indipendente di Valutazione nella P. A. Il D.lgs 150/2009

➤ Le Funzioni:

➤ monitora il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni

➤ comunica tempestivamente le criticità riscontrate ai competenti organi

➤ valida la Relazione sulla performance

➤ garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione,

➤ propone, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi;

➤ verifica i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità.



Indipendenza e Competenza

- ▷ L'Organismo di Vigilanza e Controllo nel privato. D.lgs 231/01.
- ▷ Il funzionamento;
- ▷ L'Organismo si dota di un proprio Regolamento e ne dà comunicazione al Consiglio di Amministrazione.
- ▷ Per lo svolgimento dei propri compiti, l'Organismo di Vigilanza fissa il proprio budget annuale e lo sottopone all'approvazione del Consiglio di Amministrazione.
- ▷ L'Organismo di Vigilanza svolge le sue funzioni coordinandosi con gli altri organi o funzioni dell'Ente
- ▷ collabora con i direttori e/o i responsabili titolari di rapporti con controparti per l'elaborazione delle clausole contrattuali che regolano l'applicazione del Modello ai soggetti esterni all'Ente.

- ▷ L'Organismo Indipendente di Valutazione nella P. A. D.lgs 150/2009
- ▷ Il funzionamento:
- ▷ Opera secondo un regolamento determinato dall'Ente
- ▷ Per lo svolgimento dei propri compiti, l'Organismo di Vigilanza opera entro i limiti del budget fissato dall'Ente
- ▷ ha accesso a tutti gli atti e documenti in possesso dell'amministrazione, utili all'espletamento dei propri compiti, ha altresì accesso diretto a tutti i sistemi informativi dell'amministrazione, e può accedere a tutti i luoghi all'interno dell'amministrazione,
- ▷ agisce anche in collaborazione con gli organismi di controllo di regolarità amministrativa e contabile dell'amministrazione.



Indipendenza e Competenza

➤ L'Organismo di Vigilanza e Controllo nel privato. D.lgs 231/01.

➤ I requisiti:

➤ Autonomi poteri di iniziativa e di controllo

➤ L'Organismo Indipendente di Valutazione nella P. A. Il D.lgs 150/2009

➤ I requisiti:

➤ Cittadini italiani e cittadini dell'Unione europea.

➤ Età inferiore ai 67 anni

➤ Possesso di laurea quadriennale o quinquennale ed in alcuni casi esperienza comprovata.

➤ Non possono essere nominati tra i dipendenti dell'amministrazione interessata o tra soggetti che rivestano incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali ovvero che abbiano rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni, ovvero che abbiano rivestito simili incarichi o cariche o che abbiano avuto simili rapporti nei tre anni precedenti la designazione.



Indipendenza e Competenza

L'INDIPENDENZA

- Il principio ispiratore per la verifica del reale grado di indipendenza è la mancanza di elementi che possano portare alla cosiddetta “obbedienza anticipata” vero fulcro della deviazione dei sistemi .
- Ma cosa è l'obbedienza anticipata e come si forma ?
- Per obbedienza anticipata si intende assecondare il volere di un superiore senza che lo stesso lo abbia esplicitamente richiesto.
- Si forma quando l'avanzamento di carriera o la garanzia di un futuro migliore dipenda dallo stesso soggetto a cui il componente dell'organismo deve fornire le sue osservazioni o prescrizioni. La forza corruttiva , esplosa con lo «spoils system» selvaggio nella P.A. può essere devastante per i sistemi , che si discostano da criteri soggettivi per piegarsi ai voleri del capo, Ora la circostanza che la nomina dei componenti dell'Organismo di controllo dipenda dal vertice è il tallone di Achille di ambedue i DD.LL.gg.ss. (vedi sentenza del 9 marzo 2010, Commissione/Germania, C-518/07, Racc. pag. I-1885, punto 23)



Indipendenza e Competenza

L'INDIPENDENZA

➤ Una più attenta analisi , evidenzia però una sostanziale differenza tra i due sistemi. Mentre nel sistema privato , la corruzione del sistema di garanzia mette in pericolo l'esistenza stessa dell'azienda e quindi dei vertici , (escludendo i casi di dolo specifico) , e di conseguenza un rapporto equilibrato tra la necessità che si instauri un rapporto fiduciario ma che tale rapporto non intacchi l'indipendenza trova il suo fondamento nella ricerca dell'obiettivo di crescita dell'azienda secondo il più elevato spirito imprenditoriale tracciato da Einaudi *“Migliaia, milioni di individui lavorano, producono e risparmiano nonostante tutto quello che noi possiamo inventare per molestarli, incepparli, scoraggiarli. E' la vocazione naturale che li spinge; non soltanto la sete di guadagno. **Il gusto, l'orgoglio di vedere la propria azienda prosperare, acquistare credito, ispirare fiducia a clientele sempre più vaste, ampliare gli impianti, costituiscono una molla di progresso altrettanto potente che il guadagno.** Se così non fosse, non si spiegherebbe come ci siano imprenditori che nella propria azienda prodigano tutte le loro energie ed investono tutti i loro capitali per ritirare spesso utili di gran lunga più modesti di quelli che potrebbero sicuramente e comodamente ottenere con altri impieghi.”* Di tutt'altro verso è la questione nella P.A. tant'è che il legislatore ha dovuto precisare: *A garanzia dell'indipendenza dell'Organismo, non può essere prevista l'automatica decadenza dei componenti dell'OIV in coincidenza con la scadenza dell'organo di indirizzo politico – amministrativo dell'amministrazione che li ha designati.* (Delibera Anac ex CIVIT 12 del 27 febbraio 2013)



Indipendenza e Competenza

L'INDIPENDENZA

- ▷ Ne consegue che il requisito di reale indipendenza è requisito essenziale in ambedue gli organismi
- ▷ In realtà il D.lgs 231/01 è più efficace del D.lgs 150/09 ss.mm.ii. Sotto tale profilo in quanto altro elemento critico è la struttura di cui necessita l'Organismo di controllo.
- ▷ Sotto tale profilo la Corte di Giustizia Europea ha osservato che l'Organismo non deve disporre necessariamente di una linea di bilancio autonoma, per poter soddisfare il criterio di indipendenza e si può quindi prevedere che, l'autorità di controllo dipenda da un determinato altro Organo. Tuttavia, l'attribuzione delle risorse umane e materiali occorrenti non deve impedire all'organismo di essere «pienamente indipendente» nell'esercizio delle sue funzioni (v., in tal senso, sentenza Corte di Giustizia Europea del 16 ottobre 2012 Commissione/Austria, C-614/10, Punti da 58 a 61)
- ▷ Ora se l'impianto del 231/01 può soddisfare tale requisiti non lo è quello del 150/09 ove risorse finanziarie e segreteria tecnica sono determinate dal controllato)



Indipendenza e Competenza

La Competenza

▷ Il termine competenza in realtà è assai vago, si possono stabilire asticelle che delimitano una certa insufficiente competenza ma è assai difficile definire una piena competenza. Il principio di Peter "In una gerarchia, ogni dipendente tende a fare carriera fino al proprio livello di incompetenza." basato sulla constatazioni che in un sano sistema meritocratico si avanza sino a che ci si arresta solo quando accedono ad una posizione per la quale non dimostrano di possedere le necessarie capacità, sarebbe estremamente utile per definire la competenza , in tal modo un soggetto per essere pienamente competente dovrebbe occupare una posizione subito inferiore a quella massima raggiunta. Nella realtà e per quanto espresso specialmente per la P.A. e l'effetto dello spoil system "selvaggio" ha distorto il sistema meritocratico e quindi la competenza va derivata dalla capacità di effettuare il controllo



Indipendenza e Competenza

Il Controllo

- Il controllo si basa su alcuni presupposti, tra cui il fondamentale consiste nella certezza che l'errore è una componente inevitabile, ma che si debbano porre in campo mezzi, metodi e strutture apposite per cercarlo e bloccarlo. Gli uomini fanno errori è inevitabile, la natura fa errori, fare errori non è di per se stesso una colpa: è umano. Il non cercare di evitarne le conseguenze, di correggerne gli effetti, di imparare dagli stessi è disumano. In tale contesto il controllo non è caccia al colpevole, ma sistema empatico che deve aiutare chi lavora.
- Ne consegue che il controllo si basa sulla verifica della presenza di correttivi degli errori impedendo che gli stessi producano effetti esterni al sistema stesso e se tali effetti invece sono stati prodotti limitarne le conseguenze negative all'esterno



Indipendenza e Competenza

Il Controllo

➤ La verifica della presenza di correttivi degli errori impedendo che gli stessi producano effetti esterni al sistema stesso e se tali effetti invece sono stati prodotti limitarne le conseguenze negative all'esterno comporta che esista un modello organizzativo. Un modello organizzativo per un'azienda significa, un modello che faccia raggiungere il più alto possibile livello di soddisfazione dell'utente/cliente finale e che quindi risponda a quelle qualità che il cliente finale si attende dal prodotto e/o dal servizio, quindi un modello di qualità che inglobi gli aspetti etici e il rispetto delle norme. Compreso tale aspetto, abbiamo un aiuto relevantissimo, dall'applicazione del sistema di qualità secondo la procedura dell'ISO EN 9002.



Indipendenza e Competenza

Il Controllo

- ▷ L'ISO EN 9002 e le sue successive hanno un approccio alla qualità basato su quattro capisaldi:
 - ▷ 1. dire quello che si fa (scrivendo politiche e procedure) e fare ciò che si dichiara;
 - ▷ 2. registrare tutto ciò che si fa (riportando e conservando ogni informazione chiave);
 - ▷ 3. controllare le registrazioni e il sistema (riesaminando le registrazioni per evidenziare eventuali problemi inerenti la qualità);
 - ▷ 4. intervenire su ogni non conformità (risolvendo i problemi ed individuando le cause prime).
- ▷ *“la normativa ISO 9000 non delinea delle tecniche, ma stabilisce degli obiettivi generali. Non ci sono requisiti che richiedono l'utilizzo di diagrammi di flusso, la progettazione di prove (esperimenti), l'uso di diagrammi di Pareto 18, di sistemi di problem solving, di diagrammi di causa-effetto, o altro. Naturalmente questi, o altri, potrebbero essere importanti - anche se non essenziali - per il buon funzionamento del sistema Qualità”*

(“Guida alla qualità globale nella pubblica amministrazione Sole 24 Ore”; “L’Auditing nel settore pubblico: efficienza, economicità e risultati dei programmi” di Josep Stevens, G. Fanizza, Felix Pomeranz, Alfred J. Cancellieri, Editore Franco Angeli, 1983; La qualità come strumento di management innovativo. ISO 9000 e qualità di Maurizio Costantini, Gabriella Bettelli, Pietro Lafratta, Editore Franco Angeli)



Indipendenza e Competenza

IL CONTROLLO

➤ L' art.6 del D.lgs 231/01 prevede al comma 1 lett.b) ai fini dell'esenzione della responsabilità dell' Ente che la stessa non sussista se: *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.*

➤ La questione che si apre è quanto può essere invasiva la funzione di controllo tenuto conto che :” ***il massimo esperto del lavoro è colui che quel lavoro svolge tutti i giorni***”; e che se il controllo invece di rilevare errori desse soluzioni , provocherebbe due evidenti anomalie:

➤ I) l' autonomia finanziaria e funzionale dei soggetti di cui alla lettera a) dell'articolo 5 del richiamato D.lgs 231/01 e ne comprometterebbero la capacità di direzione o vigilanza su persone a loro sottoposte

➤ II) Il controllo se entrasse nei correttivi si troverebbe a dovere controllare se stesso in un secondo tempo compromettendo la funzione di controllo stesso.



Indipendenza e Competenza

IL Rapporto di causalità

➤ Il punto esposto in merito ad un controllo che non intacchi né l' autonomia finanziaria e funzionale dei soggetti di cui alla lettera a) dell'articolo 5 del richiamato D.lgs 231/01 né la capacità di direzione o vigilanza su persone a loro sottoposte, esclude che l' Organismo di vigilanza possa sul singolo evento interferire direttamente tale che si abbia un omissione impropria , rimane l'obbligo di avvisare chi abbia i poteri per impedire l'evento e di evidenziare la necessità di correttivi al modello organizzativo per evitare, per quanto già esposto sull'errore, il ripetersi della situazione lesiva.

Spero di avere fornito un contributo e magari qualche spunto alla attuale giornata di approfondimento.

Eugenio Cottone

