

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in: Scienze Giuridiche Ciclo: XXXII

Curriculum in: Diritto Penale dell'Economia

L'ORGANISMO DI VIGILANZA AI SENSI DEL D.LGS. 231/2001: COMPITI E RESPONSABILITA'

Cognome: Federici Nome: Francesca Maria

Matricola: 823049

Tutore: Prof. Paolo Aldrovandi

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

ANNO ACCADEMICO: 2018/2019

INDICE

Introduzione	4
PARTE I – L'ORGANISMO DI VIGILANZA AI SENSI DEL D.LGS. 231/2001: TRA NORMATIVA E PRASSI	6
CAPITOLO I – IL MODELLO ORGANIZZATIVO E L'ORGANISMO DI VIGILANZA AI SENSI DEL D.LGS. 231/2001	7
Premessa.....	7
1. La responsabilità amministrativa degli enti: origini e natura	8
1.1. Il criterio oggettivo di attribuzione della responsabilità.....	10
1.2. Il criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità e la prova liberatoria	15
2. Il Modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001: le finalità	17
2.1. L'adozione: obbligo od onere?.....	17
2.2. L'effettività e l'adeguatezza.....	21
2.3. Contenuti e struttura.....	22
2.4. Il “Modello” ex art. 30 d.lgs. 81/2008.....	25
2.5. I criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nell'ambito dei reati colposi ..	27
3. L'Organismo di Vigilanza.....	30
3.1. Requisiti	30
3.2. Composizione.....	37
3.2.1. Collegiale o monocratico?	38
3.2.2. La difficile convivenza dei componenti interni e del consulente esterno	38
3.2.3. La coincidenza tra collegio sindacale e OdV.....	45
3.3. Le vicende dell'OdV: nomina, durata in carica e revoca	47
3.4. Il ruolo dell'OdV.....	49
3.4.1. I compiti: la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello; l'aggiornamento del Modello.....	49
3.4.2. I flussi informativi da e verso l'OdV.....	55
3.4.3. La nuova disciplina del c.d. whistleblowing	56
3.4.4. I poteri.....	59
3.5. La posizione dell'OdV nel sistema dei controlli interni	60
CAPITOLO II - L'ATTIVITA' DELL'OdV IN CONCRETO.....	64
1. L'insediamento e l'adozione del regolamento	64
2. La pianificazione dell'attività e il budget.....	66
3. Le riunioni.....	69
4. Le verifiche	70

4.1. La gestione delle segnalazioni alla luce delle nuove norme in materia di <i>whistleblowing</i>	74
4.2. Le verifiche dell'OdV rispetto ad alcune aree sensibili: salute e sicurezza, antiriciclaggio, <i>market abuse</i> , ambiente.....	77
5. La Documentazione dell'OdV	92
5.1. I verbali e la relazione periodica	93
5.2. La conservazione della documentazione.....	97
6. La 'tenuta' del MOG in relazione all'attività dell'OdV.....	99
PARTE II – LE FORME DI RESPONSABILITA' DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA	103
CAPITOLO III – LA RESPONSABILITA' DI FIGURE SOCIETARIE DIVERSE DALL'ODV	104
1. I paradigmi di responsabilità penale astrattamente configurabili.....	104
1.1. Il concorso mediante omissione ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen.	104
1.2. La cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 cod. pen.	109
2. Gli amministratori senza deleghe.....	115
3. I sindaci	123
4. Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione.....	137
CAPITOLO IV - LA RESPONSABILITA' DELL'ODV NELL'ELABORAZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE	147
1. Premessa: le interconnessioni tra più piani di un unico sistema normativo integrato..	147
2. I possibili ambiti entro cui ipotizzare la responsabilità penale dei componenti dell'OdV	150
3. Il dibattito sulla (in)sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV. La (in)configurabilità della responsabilità <i>ex art.</i> 40 co. 2 cod. pen.	152
3.1. L'indagine sulla sussistenza di una posizione di garanzia con riferimento alla materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.....	160
4. La residua possibilità di ipotizzare una responsabilità ai sensi dell'art. 113 cod. pen.	164
5. Una prima (e unica) pronuncia in materia di responsabilità dei componenti dell'OdV	168
6. La posizione dell'OdV a confronto con quella di altre figure.....	172
7. La responsabilità civile dell'OdV	174
8. Conclusioni	177
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	182
RINGRAZIAMENTI.....	193

Introduzione

Nell'immediatezza dell'entrata in vigore d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (di seguito "Decreto" o "d.lgs. 231/2001"), non può negarsi che si fosse inizialmente registrato un atteggiamento 'agnostico', da parte degli operatori economici destinatari della nuova normativa, dato dalla scarsa percezione dell'impatto della stessa, e di 'indecisione', da parte degli operatori giudiziari chiamati ad applicarla, comprensibilmente disorientati da un legislatore alquanto laconico.

Oggi giorno, a quasi vent'anni di vigenza del Decreto, nella prassi l'adozione del Modello organizzativo ("MOG" o "Modello") si è assai diffusa tra le aziende, soprattutto medio-grandi e, specularmente, si è assistito a un florilegio di contestazioni e di condanne, ai sensi del citato Decreto.

In tale contesto, l'Organismo di Vigilanza (di seguito anche "OdV" o "Organismo") ha da sempre rivestito, secondo l'impianto stesso della normativa, un'imprescindibile funzione. E' quindi diventato sempre più frequente che professionisti di varia estrazione (per lo più avvocati e commercialisti, ma non solo) affianchino alla propria attività 'tradizionale' quella connessa all'incarico quale membro di uno (o più) Organismi di Vigilanza.

Secondo l'opinione di chi scrive, a tale ramificazione della pratica professionale, non sempre si accompagna una piena consapevolezza dei compiti connaturati al ruolo di componente di OdV e delle conseguenze derivanti dallo svolgimento di un'attività non sempre approfondita; ciò sarebbe invece auspicabile, non solo nell'interesse dell'ente che abbia scelto di dotarsi di un Modello – e che pertanto nutre una legittima aspettativa circa l'adempimento di tali compiti secondo le *best practices* –, ma anche nell'interesse della stessa persona fisica che, rivestendo un ruolo tanto delicato quale quello di componente dell'Organismo di Vigilanza, potrebbe trovarsi indagata e/o imputata in un procedimento penale, oltre che citata in giudizio innanzi al tribunale civile per una richiesta di risarcimento danni avanzata dall'ente.

Il presente elaborato, dunque, ripercorrerà la disciplina sottesa al d.lgs. 231/2001, con focus specifico su quelle che, per chiunque abbia avuto modo di confrontarvisi fin dagli albori, rappresentano le questioni più significative, sotto il profilo sia giuridico che operativo (anche per le implicazioni organizzativo-economiche che ne derivano).

Ci si riferisce, in particolare, a quegli aspetti, sul quale il legislatore si è dimostrato del tutto silente, legati alla costituzione e al funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, nonché alle responsabilità dei suoi componenti.

Si partirà, pertanto, dall'analisi della natura e della composizione di tale Organismo, per poi passare al nucleo inaggirabile dei compiti da assolvere in tutte le fasi dell'incarico – insediamento, pianificazione delle attività, svolgimento in concreto della vigilanza, cessazione dalla carica – fino ad arrivare all'esame dell'influenza che il corretto o scorretto svolgimento di tali compiti può riverberare sulla prova giudiziale circa l'efficace attuazione di un Modello idoneo a prevenire reati, così come richiesto dall'art. 6 del Decreto ai fini del riconoscimento della scriminante.

La trattazione di tali temi costituisce il substrato sulla base del quale si svilupperà l'argomento centrale relativo alla possibilità di imputare una qualche forma di responsabilità (penale e/o civile) ai componenti dell'Organismo di Vigilanza, valutando anche il generale *trend*, espresso della giurisprudenza più recente in materia. Tale è, a parere di chi scrive, l'argomento senza dubbio più delicato che il legislatore ha omesso di disciplinare, differentemente da quanto è accaduto nell'ambito del sistema di *governance* societario, laddove – pur non senza difficoltà applicative – sono state individuate le sfere di responsabilità dei soggetti e degli organi deputati a svolgere funzioni di controllo e di vigilanza.

Va da sé che la risoluzione delle problematiche relative alla responsabilità – soprattutto penale – dei membri dell'OdV sia lasciata totalmente in balia delle interpretazioni degli operatori del diritto e, di conseguenza, alla sensibilità dimostrata da parte di questi ultimi rispetto ai dogmi del diritto penale e ai principi che informano la nostra carta costituzionale.

L'obiettivo che il presente lavoro si prefigge è quello di ricostruire lo stato dell'arte in materia, tentando di individuare i punti fermi sulla base dei quali impostare ogni futura valutazione in ordine alla regolamentazione dell'Organismo di Vigilanza e al suo ruolo – etico oltre che operativo – all'interno dell'immenso universo del diritto penale economico.

**PARTE I – L'ORGANISMO DI VIGILANZA AI SENSI
DEL D.LGS. 231/2001: TRA NORMATIVA E PRASSI**

CAPITOLO I – IL MODELLO ORGANIZZATIVO E L'ORGANISMO DI VIGILANZA AI SENSI DEL D.LGS. 231/2001

SOMMARIO: Premessa. - 1. La responsabilità amministrativa degli enti: origini e natura. - 1.1 Il criterio oggettivo di attribuzione della responsabilità. - 1.2. Il criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità e la prova liberatoria. - 2. Il Modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001: le finalità. - 2.1. L'adozione: obbligo o onere? - 2.2 L'effettività e l'adeguatezza. - 2.3. Contenuti e struttura. - 2.4. Il "Modello" ex art. 30 d.lgs. 81/2008. - 2.5. I criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nell'ambito dei reati colposi. - 3. L'Organismo di Vigilanza. - 3.1. Requisiti. - 3.2. Composizione. - 3.2.1. Collegiale o monocratico? - 3.2.2. La difficile convivenza dei componenti interni e del consulente esterno. - 3.2.3. La coincidenza tra collegio sindacale e OdV. - 3.3. Le vicende dell'OdV: nomina, durata in carica e revoca. - 3.4. Il ruolo dell'OdV. - 3.4.1. I compiti: la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello; l'aggiornamento del Modello. - 3.4.2. I flussi informativi da e verso l'OdV. - 3.4.3. La nuova disciplina del c.d. whistleblowing. - 3.4.4. I poteri. - 3.5. La posizione dell'OdV nel sistema di controlli interni.

Premessa

Prima di affrontare il cuore della presente trattazione, relativo all'Organismo di Vigilanza (di seguito per brevità "OdV"), occorre compiere una premessa in merito alla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. 231/2001 e ai Modelli adottati in virtù di tale normativa.

Tale premessa, volutamente sintetica per non distogliere l'attenzione dal principale tema di ricerca, appare doverosa, risultando gli elementi innanzi menzionati intimamente connessi l'uno all'altro, quali cardini di un unico sistema integrato. Non è infatti possibile comprendere fino in fondo i compiti dell'OdV, e le eventuali responsabilità, considerando tale Organismo come avulso da quel sistema organizzativo imperniato sul Modello. Infatti, solo una corretta ricostruzione dei contenuti e delle caratteristiche che deve presentare il Modello può aiutare a delineare i compiti dell'OdV e, di riflesso, anche le carenze nel suo operato e i possibili addebiti di responsabilità.

È anche per tali ragioni che, nel corso della trattazione, si riserveranno delle apposite parentesi dedicate ai punti di contatto tra la disciplina 231 e quella relativa alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (di seguito “d.lgs. 82/2008”), essendo quest’ultimo tema particolarmente rilevante nell’ambito della teorizzazione della responsabilità penale in capo ai componenti dell’OdV, come meglio si vedrà nel capitolo IV.

1. La responsabilità amministrativa degli enti: origini e natura

Il d.lgs. 231/2001 ha infranto quello che per secoli è stato uno dei baluardi della tradizione giuridica occidentale – *societas delinquere non potest* – sul presupposto che il precetto penale e la conseguente sanzione penale potessero adattarsi alla sola persona fisica.

È solo con l’avvento di un’economia globale e complessa, come quella che ha contraddistinto i tempi moderni più recenti, che si è avvertita l’esigenza di reprimere il c.d. reato d’impresa, andando a costruire “*una risposta sanzionatoria ulteriore rispetto a quella tipicamente penale nei confronti delle persone fisiche che quel reato hanno commesso nell’interesse o a vantaggio dell’impresa*”¹.

Infatti, i danni all’economia prodotti da alcune tipologie di condotte poste in essere in ambito imprenditoriale (i c.d. *white collars crimes*), hanno fatto emergere “*l’inadeguatezza dei vecchi sistemi di reato e le conseguenti modalità di repressione dell’illecito*”². Ragion per cui, a livello internazionale, sono stati elaborati diversi atti convenzionali destinati ad essere recepiti dai paesi aderenti, tra cui l’Italia che, con il d.lgs. 231/2001, frutto della Legge Delega 29 settembre 2000, n. 300³ (di seguito “Legge

¹ AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. Pen.* 1/2007, p. 346.

² DI GERONIMO P., *I Modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 2

³ La legge 29 settembre 2000, n. 300 reca la “*Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all’articolo K.3 del Trattato sull’Unione europea: Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995 (n.d.r. Convenzione PIF), del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso,*

Delega”), ha introdotto nell’ordinamento la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti per gli illeciti dipendenti da reato.

L’ingresso di tale nuova forma di responsabilità, come d’altronde prevedibile, è stata pesantemente criticata da parte dei sostenitori delle teorie penalistiche più tradizionali, incentrate su una lettura rigorosa del principio di colpevolezza, basata sull’art. 27 Cost.. Si ricorda come la norma in questione, nell’interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364/1988, esprime un concetto di responsabilità penale – e di rimproverabilità – fondata sulla possibilità di ricondurre il fatto di reato ad un soggetto attivo, sia sotto il profilo materiale che sotto il profilo psicologico; ed è proprio in virtù di tale “riconducibilità” del fatto di reato all’individuo che può esplicarsi la finalità rieducativa insita alla pena, ai sensi del terzo comma dell’art. 27 Cost.⁴

È evidente come, sempre volendo sintetizzare il nucleo centrale delle tesi più tradizionaliste, un’impostazione del genere apparisse del tutto inconciliabile con gli enti collettivi, che avrebbero rischiato di essere sanzionati non per un “*fatto proprio colpevole*”, bensì per un fatto commesso da altri (la persona fisica autrice materiale del reato)⁵, con ripercussioni negative su soggetti ‘innocenti’ totalmente estranei allo stesso, come ad esempio i soci⁶.

Ecco che per fugare qualsiasi dubbio di incostituzionalità della nuova disciplina, il legislatore italiano ha previsto una forma di colpevolezza (normativa) basata su di un coefficiente soggettivo rappresentato dalla c.d. colpa di organizzazione, consistente nel non aver predisposto misure preventive idonee a prevenire la commissione di illeciti (quando il reato non sia addirittura espressione di una vera e propria “*politica di impresa*”)⁷.

Tale coefficiente soggettivo, peraltro, si declina diversamente a seconda della categoria cui appartiene il soggetto autore del fatto illecito e comporta diverse implicazioni in tema di oneri probatori, come si illustrerà nel prosieguo (cfr. *infra* par. 1.2.).

fatta a Parigi il 17 settembre 1997, cui si aggiunge la Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”.

⁴ ALDROVANDI P., *I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001: aspetti problematici dell’ingerenza penalistica nel governo della società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 446.

⁵ GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 73.

⁶ PULITANO’ D., *Diritto Penale*, Giappichelli, 2017, p. 596.

⁷ cfr. Relazione Ministeriale al d.lgs. 231/2001, par. 3.3.

Quanto alla natura della responsabilità degli enti, senza voler ripercorrere nel dettaglio l'annoso dibattito sviluppatosi in merito, giova ricordare in tale sede come la stessa Relazione Ministeriale al Decreto, a discapito dell'etichetta che parrebbe collocarla nell'ambito amministrativo *tout court*, la definisca un *tertium genus* “*che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia*”⁸; un *tertium genus* che, evidentemente, si pone in linea con i precetti costituzionali elaborati in materia di responsabilità penale⁹ e con molte delle garanzie processuali tipiche del sistema penale¹⁰.

1.1. Il criterio oggettivo di attribuzione della responsabilità

Come noto, gli artt. 5-6-7 del Decreto dettano i parametri cui ricondurre all'ente un illecito amministrativo dipendente da reato.

Sotto il profilo oggettivo, l'art. 5 recepisce la teoria c.d. dell'immedesimazione organica, secondo cui deve sussistere un legame tra l'autore materiale del reato e l'ente. Infatti, l'ente è responsabile, a norma dell'art. 5, qualora un reato sia commesso – nel “*suo interesse o a suo vantaggio*” – da determinate categorie di soggetti aventi un particolare tipo di rapporto con lo stesso. La rilevanza dell'interesse o del vantaggio è resa tanto più evidente, laddove si consideri che, in virtù del secondo comma, l'ente non risponde se l'autore materiale del reato ha agito “*nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*”.

I possibili autori del reato presupposto sono genericamente definiti come: “*a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una*

⁸ *Ivi*, par. 1.1.

⁹ ALDROVANDI P., *I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001*, cit., p. 450.

¹⁰ Nonostante la questione circa la natura della responsabilità degli enti, largamente dibattuta in dottrina, possa essere definita di scarsa rilevanza pratica, costituendo il d.lgs. 231/2001, di fatto, un sistema autonomo destinato a trovare applicazione a prescindere dalle qualifiche formali, l'importanza dogmatica della stessa è stata avvertita anche dalla giurisprudenza di legittimità. In alcuni casi si è evidenziato come la natura della responsabilità delle persone giuridiche sia essenzialmente penale e che questa sia “*sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale*” (Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in www.dejure.it); in altri casi, si è aderito alla tesi secondo cui il Decreto avrebbe introdotto in concreto “*un tertium genus di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa*” (Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in www.dejure.it).

sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (n.d.r.: soggetti apicali); b) *persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)* (n.d.r.: soggetti sottoposti).”

Riguardo i soggetti apicali, si è preferita una definizione appositamente elastica, in luogo di “una elencazione tassativa di soggetti, difficilmente praticabile, vista l’eterogeneità degli enti e quindi delle situazioni di riferimento (quanto a dimensioni e a natura giuridica)”¹¹.

Ai fini dell’individuazione del soggetto apicale, ciò che rileva, a prescindere dalle qualifiche formali, è lo svolgimento in concreto dei compiti tipici di chi amministra e gestisce l’ente. A titolo esemplificativo: l’amministratore delegato; i componenti del CdA, in quanto titolari di poteri di controllo e di intervento sostitutivo nei confronti del primo; i membri del consiglio di gestione (con riferimento al sistema dualistico, ai sensi dell’art. 2409-*novies* cod. civ.)¹²; l’amministratore unico della s.r.l; i direttori generali, nei limiti delle deleghe; i responsabili di stabilimento e di funzione. Sarebbero da escludersi i sindaci, risultando incompatibile la funzione di controllo dagli stessi svolta con un ruolo di amministrazione¹³, così come d’altronde riconosciuto sin dall’inizio dalla stessa Relazione Ministeriale¹⁴.

Oltre ai soggetti le cui funzioni corrispondono effettivamente alla qualifica formale, il Decreto, come sopra anticipato, prende in considerazione altresì le figure “di fatto”, ossia quelle che esercitano un “*dominio*” sull’ente¹⁵, quali i soci/amministratori “*ombra*”¹⁶.

Per quanto riguarda, invece, i soggetti sottoposti, non vi è dubbio che l’art. 5 lett b) si riferisca, in *primis*, ai lavoratori subordinati, ai c.d. parasubordinati (collaboratori occasionali, ecc.) nonché ai collaboratori esterni che a qualsiasi titolo intrattengano un

¹¹ cfr. Relazione Ministeriale al D. Lgs n. 231/2001, par. 3.2.

¹² LOTTINI L., *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs n. 231/01*, in *Giur. Merito* 10/2013, p. 2258.

¹³ cfr. Relazione Ministeriale al d.lgs. 231/2001, par. 3.2; DE MAGLIE C., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. Pen. proc.*, 2001, p. 1342 e ss.

¹⁴ cfr. Relazione Ministeriale al d.lgs. 231/2001 par. 3.2.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ LOTTINI L., *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs n. 231/01*, cit., p. 2259.

rapporto con la società (agenti, fornitori, ecc.)¹⁷. Con riferimento a tale ultima categoria, parte della dottrina ha sottolineato in senso critico l'eccessiva dilatazione del concetto di "sottoposto", sulla scorta del fatto che l'ente potrebbe trovarsi a rispondere anche di comportamenti posti in essere da oggetti allo stesso estranei, in relazione ai quali non potrebbe avere alcun potere di controllo e/o impeditivo¹⁸.

Per quanto riguarda, in particolare, il settore relativo alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, occorre tenere presente che la disciplina prevista dal d.lgs. 81/2008¹⁹ individua una serie di soggetti "garanti", destinatari dell'obbligo di impedire l'evento: il datore di lavoro, il dirigente, il preposto, il medico competente, il committente, il responsabile dei lavori e i coordinatori in materia di cantieri temporanei o mobili, oltre che i lavoratori stessi (sul responsabile del servizio di prevenzione e protezione, si dirà più approfonditamente oltre).

In proposito assume rilievo fondamentale, ai fini dell'individuazione delle persone fisiche sulle cui condotte si radica la responsabilità amministrativa dell'ente, l'istituto della delega di funzioni di cui all'art. 16 d.lgs. 81/2008. Tale articolo non è altro che la codificazione dei principi formati in anni di elaborazione giurisprudenziale con riguardo alle condizioni che devono sussistere affinché la delega si intenda validamente conferita²⁰. La stessa deve essere espressa, inequivoca e risultante da atto scritto recante data certa; al delegato vanno attribuiti tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, oltre che l'autonomia di spesa; il delegato deve essere in possesso dei requisiti di professionalità ed esperienza tecnica necessari in relazione alla natura delle funzioni delegate. Infine, deve risultare l'accettazione per iscritto delle delega da parte del delegato e la stessa deve essere oggetto di adeguata e tempestiva pubblicità.

Alla luce di un catalogo così nutrito di figure rilevanti in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, occorre porsi la domanda circa la loro riconducibilità alle categorie previste dal d.lgs. 231/2001. Se è pacifico che il datore di lavoro rientri nella categoria di

¹⁷ *Ivi*, p. 2260.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si precisa che la normativa speciale prevede altre figure di soggetti destinatari dell'obbligo di preservare la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro: il "gestore" di stabilimento, con riguardo ai pericoli di incidente rilevante (d.lgs. 26 giugno 2015, n. 105); il "titolare" e il "sorvegliante" nell'ambito dei lavori in miniera e nelle cave (d.lgs. 25 novembre 1996, n. 624).

²⁰ cfr. *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 4.2.2014, n. 15028, in *www.dejure.it*.

“apicale”, appartenendo tutti gli altri a quella di “sottoposti”, sul soggetto “delegato” potrebbero porsi dubbi. Lo stesso rientrerebbe nella seconda categoria, per il solo fatto di sottostare “*alla vigilanza*” dell’apicale, in conformità con la terminologia utilizzata dal legislatore nell’art. 5 co. 1 lett. b) del Decreto, che si avvale della proposizione disgiuntiva “o” nel menzionare i soggetti “sottoposti” alla direzione o alla vigilanza degli apicali. Nessun dubbio, infatti, che la delega di funzioni *ex art. 16* non valga ad escludere l’obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite²¹. Tuttavia, potendosi non rivelare sufficiente un criterio formale, c’è anche chi ha precisato come sia necessario compiere una valutazione caso per caso, onde accertare gli effettivi contenuti della delega che ben potrebbero consistere nell’esercizio di poteri tipici di una funzione apicale²².

Da ultimo, per tornare al punto di partenza del presente paragrafo, ossia il criterio dell’“*interesse o vantaggio*”, necessario per ascrivere una responsabilità amministrativa all’ente, sia sufficiente tenere presente che anche intorno a questo punto si è registrato un dibattito in dottrina tra quanti vedono i due elementi come disgiunti e quanti, al contrario, ritengono che l’espressione non sia altro che un’“*endiadi*” (due termini che esprimono lo stesso concetto). In proposito, vi sono elementi sia letterali (la congiunzione disgiuntiva “o”) sia normativi (l’art. 12 del Decreto, infatti, prevede un’attenuazione sanzionatoria ove l’interesse della persona fisica sia stato prevalente e l’ente non abbia tratto alcun vantaggio dalla commissione del reato), che militano nella prima direzione²³. Inoltre, la stessa giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto come la locuzione in parola esprima “*due concetti giuridicamente diversi*”²⁴. Nello specifico, l’interesse richiama il profilo soggettivo della condotta illecita, da valutare *ex ante*, ed è riconducibile ad una finalità di

²¹ cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 21.4.2016, n. 22837, in www.dejure.it.

²² BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 68. Gli autori sul punto sottolineano che: “*il delegante, se in posizione apicale, continua ad avere il dovere di sovrintendere all’organizzazione aziendale ed è dunque tenuto ad osservare il dovere di vigilanza e controllo su tutta la struttura (nessun effetto “liberatorio” ha il fatto che la funzione, da questi rivestita in via originaria, sia stata successivamente trasferita a terzi). Al fine di apprezzare la posizione del delegato (apicale o sottoposto) bisogna utilizzare taluni criteri che, spingendosi al di là della qualifica terminologica attribuita nel caso specifico, tengano conto del contenuto del potere trasferito, del tasso di autonomia del soggetto delegato, dei suoi poteri decisionali e organizzativi oltre che delle capacità di spesa per poter operare in via concreta (laddove questi indici siano positivi, i soggetti considerati sono da considerarsi apici)*”.

²³ GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 76.

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 17.3.2009, n. 13678, in www.dejure.it.

arricchimento, non necessariamente poi realizzato in concreto; attiene alla dimensione oggettiva dell'illecito, invece, il vantaggio, l'effettivo conseguimento del quale è apprezzabile soltanto *ex post*, seppur non rappresentato “*a monte*”²⁵.

Alla luce di quanto sopra, non è sempre risultato semplice applicare i requisiti dell'interesse e vantaggio agli illeciti amministrativi dipendenti da reati colposi (quali le lesioni colpose e l'omicidio colposo commessi in violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d.lgs. 81/2008), essendo a molti apparsa difficilmente conciliabile la violazione colposa di regole cautelari con il perseguimento di un interesse o il conseguimento di un vantaggio²⁶. Per risolvere tale *impasse*, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha elaborato un “*criterio di compatibilità*”²⁷ tra i requisiti di cui all'art. 5 del Decreto e i reati colposi, facendo leva in particolar modo sul vantaggio, in termini di risparmio – sotto il profilo dei costi e dei tempi – di fatto ottenuto dall'ente in virtù della propria ‘disorganizzazione colposa’ e, in generale, parametrando entrambi i criteri (e quindi anche l'interesse), non all'evento morte o lesioni, bensì alla sola condotta colposa, non rispettosa delle regole antinfortunistiche, posta in essere dalla persona fisica.

In materia di delitti colposi, dunque, l'attenzione della giurisprudenza regredisce dall'evento alla condotta, non essendo tanto il danno a rilevare, “*quanto la mancata implementazione di una organizzazione prudente funzionale ex ante alla riduzione di*

²⁵ GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 76; cfr. anche, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 23.5.2018, n. 38363, in www.dejure.it: “*In tema di responsabilità da reato degli enti, i criteri di imputazione riferiti all'interesse e al vantaggio sono giuridicamente distinti giacché, mentre il primo è criterio soggettivo, da valutare ex ante consistente nella proiezione finalistica volta a far conseguire all'ente un profitto indipendentemente dall'effettiva realizzazione dello stesso, il secondo è criterio oggettivo, accertabile ex post e consistente nel concreto vantaggio derivato all'ente dal reato*”.

²⁶ In proposito, una parte della dottrina ha evidenziato come l'impostazione che ricollega l'interesse e il vantaggio alla condotta posta in violazione delle regole cautelari, seppur aderente all'intenzione del legislatore, con specifico riferimento ai reati presupposto di cui all'art. 25-septies d.lgs. 231/2001, rappresenti un'interpretazione estensiva in tensione con il principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. (sempre che si parta dal presupposto che la responsabilità di cui al Decreto sia da considerarsi penale, a discapito della classificazione adottata dal legislatore). Sul punto, cfr. ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs 9 aprile 2008, n. 81*, in *Indice Penale*, 2/2009, pp. 501-503.

²⁷ cfr. Trib. Trani, 26.10.2009, in www.olympus.uniurb.it e Trib. Novara (Uff. Gip), 1.1.2010, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

*tempi e costi di produzione, che si rivela, ex post, un'agevolazione del reato di lesioni o omicidio colposo del lavoratore*²⁸.

1.2. Il criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità e la prova liberatoria

Come si è anticipato, la “*colpa di organizzazione*”²⁹ rappresenta il coefficiente soggettivo su cui radicare la responsabilità dell’ente e denota l’attenzione del legislatore al tema della colpevolezza, nonostante la Legge Delega non lo avesse neanche preso in considerazione, onde superare gli ostacoli posti dall’art. 27 Cost. innanzi menzionato³⁰. La disciplina dettata dal Decreto, infatti, è imperniata sull’adozione ed efficace attuazione di Modelli organizzativi idonei a prevenire reati, sulla scorta dei c.d. *compliance programs* tipici dei paesi di *common law*³¹. In proposito, si è affermato che l’adozione e attuazione di idonei Modelli organizzativi è “*strumentale al dovere di evitare la commissione di reati, allo stesso modo delle regole cautelari rispetto alla responsabilità per colpa*”³².

I contenuti della colpa di organizzazione devono essere ricostruiti attraverso la lettura degli artt. 6-7 del Decreto, che delineano una diversa articolazione delle regole cautelari, a seconda che il reato sia stato commesso da soggetti apicali o da soggetti sottoposti³³; nonostante tale diversa articolazione, che si riverbera anche sul piano degli oneri probatori, la rimproverabilità dell’ente dipende, in entrambi i casi, dal mancato rispetto di requisiti organizzativi che, come detto sopra, ruotano intorno ad un comune elemento strutturale: l’efficace implementazione di un MOG idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello in concreto verificatosi.

²⁸ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”. *I destini dei componenti dell’organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 3/2015, p. 436.

²⁹ Alcuni autori propongono la locuzione alternativa di “*colpevolezza di organizzazione*”, al fine di ricomprendere sia le condotte espressive della politica di impresa (più affini al dolo) sia quelle legate ai meccanismi di controllo (più vicine alla colpa). Sul punto cfr. ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002; PULITANO’ D., *Diritto Penale*, cit. p. 600.

³⁰ GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi: l’estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell’economia*, Giappichelli, 2008, p. 73.

³¹ *Ibidem*.

³² LA PULITANO’ D., *Diritto Penale*, cit., p. 600.

³³ ALDROVANDI P., *I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001*, cit., p. 449.

A norma dell'art. 7, nell'ipotesi in cui l'autore del reato sia un soggetto sottoposto, l'ente sarà ritenuto responsabile solo se via sia stata una *culpa in vigilando* da parte degli organi di vertice dell'ente e la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza che gravano su questi ultimi. La norma prevede, tuttavia, una presunzione in merito all'osservanza di tali obblighi di direzione e vigilanza, qualora l'ente, prima del reato, si sia dotato di un Modello idoneo a prevenire reati. Ecco quindi che se da una parte l'adozione del MOG potrebbe determinare l'esonero da responsabilità, dall'altra l'onere probatorio sull'omissione degli obblighi sopra citati incomberebbe sulla Pubblica Accusa³⁴.

Più complessa è la posizione dell'ente quando il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale, in quanto “*l'intensità del rapporto che lega gli stessi all'ente consente al principio di immedesimazione organica di dispiegarsi al massimo grado*”³⁵, potendosi giungere alla conclusione che l'illecito sia il risultato di una consapevole politica di impresa.

Secondo quanto disposto dall'art. 6, è l'ente che, in questo caso, ha l'onere di provare, per andare esente da responsabilità, non solo di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, un Modello idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello *sub iudice*³⁶ e di aver nominato un Organismo di Vigilanza che abbia vigilato sull'osservanza del Modello stesso (come si esporrà nel par. 3), ma anche che gli autori del reato abbiano eluso “*fraudolentemente*” il Modello.

C'è chi ha definito tale inversione degli oneri probatori una *probatio diabolica*³⁷. Infatti, in sede giudiziale occorrerebbe dimostrare che il Modello attuato fosse completamente idoneo ad impedire il reato verificatosi, in concreto, attraverso una condotta connotata da artifici, artifici che, tuttavia, non sarebbe stato possibile prendere in considerazione nel corso della stesura del Modello stesso; ammettere il contrario, infatti, equivarrebbe a riconoscere che il Modello fosse carente e, quindi, inidoneo fin dal principio³⁸.

³⁴ AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 346 e ss.

³⁵ ALDROVANDI P., *I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001*, cit., p. 451.

³⁶ AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 346 e ss.

³⁷ cfr. SANTISE F., ZUNICA F., *Coordinate emerneutiche di diritto penale*, Giappichelli, 2017, p. 708.

³⁸ ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, cit., p. 499.

Da ultimo, si noti che ai fini del criterio soggettivo non fa alcuna distinzione il carattere doloso o colposo del reato presupposto: come si è autorevolmente affermato, la colpa di organizzazione “*non è un nesso ascrittivo valido solo nel caso di reati commessi da soggetti subordinati, ma anche nell’ipotesi di reati dolosi dei vertici; il dolo della persona fisica non si trasmette per osmosi al coefficiente di rimproverabilità dell’ente, per il quale il meccanismo ascrittivo permane sempre intrinsecamente colposo, poiché si tratta di un rimprovero normativizzato per l’inidoneità preventiva del modello*”³⁹.

2. Il Modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001: le finalità

Oltre alla finalità esimente sopra esplicata, si è osservato come il Modello abbia anche una sorta di valenza ‘premiale’ laddove si considerino alcune disposizioni del Decreto. In particolare, a norma dell’art. 17, l’adozione del MOG prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, unitamente al risarcimento integrale del danno o all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (o l’essersi efficacemente adoperati in tal senso) e alla messa a disposizione del profitto ai fini della confisca, consente di evitare l’applicazione delle sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna. Inoltre, sempre l’assolvimento di tali condizioni può fondare la sospensione e la revoca delle misure cautelari, ai sensi degli artt. 49-50 e, in sede di condanna, un trattamento sanzionatorio più mite attraverso la sostituzione delle sanzioni interdittive con quelle pecuniarie. L’art. 12, infine, prevede che le condotte risarcitorie e riparatorie e l’adozione del MOG comportino una riduzione significativa della sanzione pecuniaria.

2.1. L’adozione: obbligo od onere?

Non è revocabile in dubbio che la mancata adozione del Modello ai sensi del d.lgs. 231/2001 non sia, allo stato, comminata da alcuna sanzione, la qual cosa, tuttavia, non è valsa a sopire il dibattito circa l’obbligatorietà o meno dello stesso.

³⁹ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”, cit., p. 433.

All'indomani dell'introduzione della nuova disciplina, la dottrina maggioritaria aveva fatto leva proprio su tale assenza di sanzioni, al fine di sostenere la facoltatività della sua adozione, ritenendo, dunque, che l'adozione del MOG fosse un semplice onere, o facoltà, da assolvere a tutela e nell'interesse dell'ente stesso. Peraltro, tale impostazione è stata abbracciata dalle principali associazioni di categoria.

Tuttavia, la circostanza che con il tempo la responsabilità amministrativa abbia preso sempre più piede nella prassi dei Tribunali, potrebbe far ritenere che, di fatto, gli enti non abbiano altra scelta che dotarsi cautelativamente di un Modello organizzativo, in modo tale da 'attrezzarsi' per il futuro, in vista di eventuali contestazioni sotto il profilo 231⁴⁰. D'altronde, recentemente si è andato affermando l'orientamento che sosterrrebbe l'obbligatorietà del Modello, almeno con riguardo agli enti di non piccole dimensioni che, per la tipologia di attività e struttura, presentino aree di rischio rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001⁴¹. Tale obbligatorietà, tuttavia, non sussisterebbe per l'ente in quanto tale, ma per l'organo dirigente, in virtù del principio di adeguatezza propugnato dalla riforma di diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (in seguito "d.lgs. 6/2003"). Alla luce della nuova disciplina, infatti, sia gli organi delegati che gli organi di controllo (ai sensi degli artt. 2381 e 2403 cod. civ.) avrebbero obblighi in relazione agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della Società, i primi dovendone curare l'effettiva adeguatezza rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa, i secondi essendo tenuti a vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, proprio sull'adeguatezza degli assetti societari. L'adozione del Modello si presenterebbe quindi come inevitabile e l'omissione di tale adempimento potrebbe addirittura rappresentare una giusta causa di revoca degli amministratori *ex art.* 2383 cod. civ., oltre che una irregolarità denunciabile al Tribunale o all'organo di controllo ai sensi degli artt. 2408-2409 cod. civ.⁴².

Alcune autorevoli voci si sono altresì espresse in termini di "dovere", preferendo tale espressione a quella di "onere"⁴³, al fine di conferire maggiore pregnanza allo spirito

⁴⁰ AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 346 e ss.

⁴¹ ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *An. Giur. Economia*, 2/2009, p. 195.

⁴² LOTTINI L., *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs n. 231/01*, cit., p. 2257.

⁴³ PULITANO' D., *Diritto Penale*, cit., p. 601.

preventivo e incentivante insito alla normativa 231. La stessa Relazione Ministeriale sottolinea che *“ancorare il rimprovero dell’ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di standards doverosi, significa motivarlo all’osservanza degli stessi, e quindi prevenire la commissione di reati da parte delle persone fisiche che vi fanno capo”*.

Resta comunque un dato di fatto, agevolmente riscontrabile nella prassi: prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 l’elaborazione del Modello poteva maggiormente interessare, anche per motivazioni legate ai costi, le società di grandi dimensioni e a quelle operanti con la pubblica amministrazione (statisticamente più esposte al rischio di commissione dei reati previsti dal d.lgs. 231/2001); invece, a seguito dell’introduzione, nel catalogo dei reati presupposto, degli illeciti commessi in violazione della normativa antinfortunistica, attraverso la previsione dell’art. 25-septies, l’assolvimento degli incombeni previsti dal Decreto appare ormai essere *“un problema generalizzato per tutte le imprese (o quantomeno per tutte quelle che svolgono attività industriali, artigianali, o comunque potenzialmente soggette al rischio di infortuni o malattie professionali), in ragione degli obblighi incombeni in via generale sul datore di lavoro”*⁴⁴.

Preso atto di tale incerta situazione, c’è anche chi ha osservato che i *“doveri auto-organizzativi”*⁴⁵, *“paiono oneri, ma sono obblighi”*. Sulla scorta di tale presa d’atto, si è affermato, infatti, che *“la facoltatività del modello tende progressivamente a rappresentare ormai un dato puramente formale. Oltre alla considerazione che l’estensione della responsabilità dell’ente anche ai reati colposi in tema di sicurezza e salute sul lavoro sembra imporre, di fatto, all’organo amministrativo l’adozione di tutte le misure necessarie per scongiurare la possibilità di un coinvolgimento dell’ente, va considerato che il Regolamento Mercati di Borsa Italiana ha inserito, tra i requisiti di governo societario per ottenere la qualifica S.T.A.R. (...), l’adozione obbligatoria del Modello organizzativo, e che le normative regionali prevedono, in molti casi, che le*

⁴⁴ BAUDINO A., SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell’organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 1/2009, p. 62.

⁴⁵ PARROTTA A., URBINATI F., *Reato dell’amministratore di fatto e la relativa responsabilità dell’ente e dell’organo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2/2017, p. 284.

*aziende debbano adottare il modello organizzativo se intendono intrattenere rapporti con la Pubblica Amministrazione*⁴⁶.

A parere di chi scrive, è alquanto naturale che, a prescindere da come si intenda classificare, sotto il profilo dogmatico, la posizione dell'ente e/o dei suoi amministratori (obbligatorietà-doverosità) rispetto all'adozione del MOG, la questione nella pratica acquisisca pregnanza, solo *ex post*, qualora l'ente effettivamente si trovi imputato in un procedimento penale ai sensi del d.lgs. 231/2001 e risulti destinatario della relativa sanzione. La casistica giurisprudenziale, laddove si riferisce al “*dovere*” degli amministratori di impegnarsi ai fini dell'adozione del Modello, dimostra infatti come la condanna al risarcimento del danno pari all'importo che la società abbia dovuto corrispondere quale sanzione pecuniaria, sia seguita al procedimento intentato nei confronti dell'ente⁴⁷.

Ecco allora come, dal punto di vista dell'ente, apparirebbe preferibile riferirsi al concetto di onere, più che a quello di obbligo – inteso in senso stretto quale situazione giuridica cui corrisponde la pretesa, esercitabile da parte di un altro soggetto, che sia tenuto un dato comportamento⁴⁸; mentre, dal punto di vista dell'organo amministrativo, si potrebbe parlare di doverosità rispetto all'ordinamento e agli *stakeholders* della società, in ottica general-preventiva e di tutela dei soggetti portatori a vario titolo di interessi in relazione all'ente stesso. L'adozione di un Modello idoneo alla prevenzione di reati, dunque, apparirebbe un adempimento ‘inevitabile’ anche al fine di consentire all'organo dirigente di preconstituirsì una valida difesa a fronte di richieste di risarcimento avanzate da parte dell'ente o dei soci.

Da ultimo, si tenga presente che pende in Senato il disegno di legge n. 726/2018⁴⁹ che, andando a modificare il d.lgs. 231/2001, prevedrebbe l'obbligatorietà dell'adozione dei

⁴⁶ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, in STUKE A.M., FIORELLA A., MONGILLO V. (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell'Ente*, Jovene Editore, Napoli, 2014, p. 140.

⁴⁷ cfr. Trib. Milano, Sez. VIII, 13.2.2008, n. 1774, in *www.dejure.it*, nella quale si afferma che “*per quanto attiene all'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo, da un lato, il danno appare incontestabile in ragione dell'esborso per la concordata sanzione e, dall'altro, risulta altrettanto incontestabile il concorso di responsabilità di parte convenuta che, quale Amministratore Delegato e Presidente del C.d.A., aveva il dovere di attivare tale organo, rimasto inerte al riguardo*”.

⁴⁸ Per un riepilogo dei concetti di onere, obbligo, facoltà, si veda TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2009, pp. 44 e ss.

⁴⁹ DDL n. 726, comunicato alla Presidenza del senato in data 30.6.2018, in *www.aodv231.it*.

Modelli di organizzazione, gestione e controllo e la nomina dell'OdV. La novella, nello specifico, andrebbe a toccare l'art. 1 del Decreto, arricchendolo della previsione secondo cui tutte le società a responsabilità limitata, le società per azioni, società in accomandita per azioni, cooperative, consortili e/o tutte le loro controllanti – con un attivo patrimoniale non inferiore a 4.400.000 Euro o ricavi non inferiori ad 8.800.000 Euro – saranno tenute a depositare presso la camera di commercio di appartenenza la delibera di approvazione del MOG e di nomina dell'OdV. Interessante notare come la mancata adozione del MOG o l'omessa nomina dell'OdV, a decorrere dalla data di entrata in vigore della novella, comporterebbe per gli enti inadempienti una sanzione amministrativa di 200.000 Euro “*per ciascun anno solare in cui permane l'inosservanza degli obblighi*”.

Nonostante il Senato non abbia neanche iniziato l'esame di tale proposta di legge, la stessa da una parte farebbe trasparire il *trend* del legislatore in tale materia e, dall'altra, dimostrerebbe *a fortiori* l'attuale non obbligatorietà del MOG, rappresentando piuttosto l'adozione dello stesso un onere, per l'Ente, qualora intendesse avvalersi dell'esimente prevista dagli artt. 6-7 e, al limite, un adempimento doveroso – e di fatto inevitabile – per gli amministratori.

2.2. L'effettività e l'adeguatezza

Preme evidenziare come la redazione di un mero documento quale Modello organizzativo, seppur intrinsecamente coerente e contenente presidi astrattamente idonei a prevenire reati, è condizione certo necessaria, ma non sufficiente, per poter fondare l'esimente da responsabilità. Il Modello, infatti, deve essere “*efficacemente attuato*” e non bastano adempimenti cartacei, occorrendo anzi che lo stesso sia totalmente calato nella realtà aziendale. Così come affermato dalla Suprema Corte, il Modello non deve rimanere un “*interessante testo in teoria*”⁵⁰.

Il fatto poi che il MOG, per fungere da esimente, debba essere, oltre che “*efficacemente attuato*”, anche idoneo, in concreto, a prevenire “*reati della specie di quello verificatosi*”, non deve far propendere per una delimitazione degli oneri/obblighi dell'ente e/o dell'organo dirigente: infatti, in un'ottica preventiva, a prescindere all'eventuale

⁵⁰ cfr. Cass. Pen., Sez. II, 27.9.2016, n. 52316, in *www.dejure.it*.

verificarsi di uno specifico illecito, è importante che sia adottato un Modello idoneo a evitare qualsiasi tipo di reato tra quelli riconosciuti come rilevanti per la concreta operatività societaria in sede di *risk assessment*⁵¹ (cfr. *infra* par. 2.3.). La precisazione di cui sopra individua quindi “*le condizioni dell’eventuale responsabilità in concreto*”⁵², rappresentando il reato effettivamente realizzato l’unico termine di paragone immediato per poter valutare, *ex ante* attraverso un meccanismo c.d. prognosi postuma⁵³, l’adeguatezza del Modello stesso.

2.3. Contenuti e struttura

La predisposizione del Modello non può prescindere da un’analisi della struttura organizzativa esistente e del pregresso, onde verificare le aree di operatività maggiormente esposte al rischio reato e l’eventuale esistenza di ‘precedenti amministrativi’ in capo all’ente⁵⁴.

Il MOG, quindi, per espressa previsione dell’art. 6 co. 2 lett. a), deve essere espressivo di un sistema di gestione dei rischi (c.d. *risk management*), composto di due fasi: individuazione e valutazione del “*rischio reato*” (c.d. *risk assessment* o “*mappatura del rischio*”) – che consiste nell’individuazione delle aree di attività più ‘sensibili’, ossia maggiormente esposte al rischio di commissione di illeciti – e prevenzione, attraverso la creazione di un apposito sistema di controllo⁵⁵.

Per ciò che concerne le misure preventive di *risk management*, la normativa è alquanto scarna e, pertanto, per la maggior parte degli illeciti inseriti nel catalogo dei reati presupposto di cui al Decreto non esiste un “*apparato di regole cautelari codificate*”⁵⁶, a differenza di quanto accade, ad esempio, per i reati commessi in materia di salute e sicurezza, in relazione ai quali le disposizioni delle leggi speciali sono ricche di specifiche prescrizioni comportamentali.

⁵¹ PULITANO’ D., *Diritto Penale*, cit., p. 602.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ LOTTINI L., *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs n. 231/01*, cit., p. 2261.

⁵⁴ *Ivi*, p. 2263.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ PULITANO’ D., *Diritto Penale*, cit., p. 603.

Il Decreto si limita a fornire alcune direttive di massima. In primo luogo, e tralasciando per il momento le prescrizioni relative all'Organismo di Vigilanza (cfr. *infra* par. 3), prevede che debbano essere adottati “*specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire*” (art. 6 co. 2 lett. b), ponendo l'enfasi su di una generale esigenza di ‘procedimentalizzazione’ delle attività aziendali.

È inoltre necessario che siano predisposte “*modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati*” (art. 6 co. 2 lett. c): trattasi di un'indicazione centrale nell'impianto 231, rappresentando un dato d'esperienza la circostanza che i reati presupposto maggiormente ricorrenti nella prassi (quali, ad esempio, i reati contro la Pubblica Amministrazione) siano consentiti, o comunque agevolati, da illecite modalità di gestione del denaro o altre utilità e la creazione di fondi extracontabili⁵⁷. In tale ottica sarà fondamentale assicurare la possibilità di rintracciare a posteriori il percorso di tali flussi nonché i soggetti che vi abbiano partecipato.

In generale, ogni processo aziendale dovrebbe essere improntato ai fondamentali principi di segregazione e tracciabilità.

È pertanto opportuno definire *ex ante* i soggetti deputati ad assumere le decisioni, oltre che i parametri da rispettare nell'ambito dei processi decisionali, nel rispetto del principio di “*segregazione*” dei compiti tra coloro che intervengono nel processo sensibile, così da evitare che lo stesso sia gestito da un unico soggetto slegato da qualsiasi tipo di controllo⁵⁸.

Con specifico riferimento alla tracciabilità, sarebbe consigliabile costruire in ogni caso “*procedure formalizzate grazie alle quali le azioni, operazioni, transazioni, maggiormente esposte al rischio-reato siano adeguatamente riscontrabili e documentate, con particolare riferimento ai meccanismi autorizzativi e di verifica dei diversi processi operativi. Ciò significa che ogni iniziativa dovrà essere caratterizzata da un adeguato supporto che favorisca i controlli e garantisca l'opportuna evidenza delle operazioni. La tracciabilità serve a garantire anche una maggiore trasparenza della gestione aziendale,*

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 20.

consentendo di individuare al meglio i process owners e i soggetti che intervengono in determinati processi operativi”⁵⁹.

Inoltre, un Modello che possa definirsi adeguato deve ricomprendere anche un sistema disciplinare e sanzionatorio – che sia “*conciliabile con le norme, legislative e contrattuali, che regolano i rapporti intrattenuti dall’Ente con ciascuno dei soggetti ai quali si applica*”⁶⁰ – finalizzato a sanzionare le violazioni delle prescrizioni in esso contenute, onde rendere effettivo il rispetto delle regole cautelari da parte dei destinatari. Le sanzioni, tuttavia, non devono essere rivolte unicamente a quelle condotte integranti un reato rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001, dovendo, al contrario, essere applicate a tutte le infrazioni del Modello; ciò si spiega in ragione della funzione eminentemente preventiva del Modello e della natura allo stesso ancillare del sistema disciplinare, che perderebbe di utilità ove non fosse diretto a reprimere quelle condotte prodromiche o strumentali alla commissione dei reati⁶¹.

In sintesi, secondo le prassi consolidate si anche in base alle indicazioni delle associazioni di categoria, i Modelli organizzativi appaiono solitamente articolati in due parti: una Parte Generale riepilogativa della disciplina della responsabilità degli enti, che avrà tra l’altro la funzione di sensibilizzare i destinatari del MOG circa le tematiche sottese al d.lgs. 231/2001⁶²; una Parte Speciale che contenga la descrizione delle modalità esemplificative dei reati presupposto – individuati in sede di *risk assessment* come rilevanti per la concreta operatività societaria – nonché le generali regole di comportamento da adottare in chiave preventiva, oltre ai presidi specifici relativi alle singole aree di attività, eventualmente trasfusi in appositi protocolli (*policies*) allegati al Modello stesso.

Infine, si ritiene ormai pacifico che costituisca parte integrante del Modello anche il Codice Etico, ossia quel documento ufficiale approvato dai vertici societari avente la funzione di dettare i valori essenziali condivisi dall’azienda e di definire “*l’insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell’ente nei confronti dei “portatori d’interesse”*

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, p. 25.

⁶¹ LOTTINI L., *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs n. 231/01*, cit., p. 2265.

⁶² Il Modello, infatti, perché possa dirsi efficacemente attuato, dovrà essere diffuso tra tutti i dipendenti e collaboratori della Società; perché si crei una ‘cultura 231’ all’interno dell’azienda sarà quindi necessario che costoro siano sottoposti a *training* formativi sulle materie sottese al Decreto e sui contenuti del Modello adottato dall’azienda di appartenenza, così come peraltro suggerito dalle principali associazioni di categoria (cfr. per tutte Confindustria, *Linee Guida*, cit., pp. 38-39).

(dipendenti, fornitori, clienti, Pubblica Amministrazione, azionisti, mercato finanziario, ecc.)”⁶³.

2.4. Il “Modello” ex art. 30 d.lgs. 81/2008

L’introduzione nell’articolato normativo del d.lgs. 81/2008 di una norma, quale l’art. 30⁶⁴, che di fatto richiama la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti ha suscitato diverse perplessità. Infatti, la norma menzionata fa riferimento al sistema di gestione della sicurezza del lavoro (SGSL) quale “Modello”, ricalcando in molte delle sue parti i contenuti del d.lgs. 231/2001, lasciando tuttavia spazio ad interpretazioni circa la natura dello stesso e il suo rapporto rispetto al Modello per antonomasia previsto dal Decreto. All’indomani della novella legislativa, le posizioni oscillavano tra quanti

⁶³ Confindustria, *Linee Guida*, cit., pp. 40, 46.

⁶⁴ L’art. 30 d.lgs. 81/2008 così recita testualmente: “1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l’adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell’applicazione e dell’efficacia delle procedure adottate. 2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell’avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1. 3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell’organizzazione e dal tipo di attività svolta, un’articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. 4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l’eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all’igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell’organizzazione e nell’attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. 5. 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) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all’articolo 6”.

ritenevano che si trattasse di due Modelli del tutto autonomi e distinti e quanti sostenevano che di fatto coincidessero, evidenziando le differenze insite nelle finalità dell'uno e dell'altro⁶⁵.

Secondo il punto di vista di chi scrive, la soluzione a tali dubbi non può che rinvenirsi nella finalità generale insita alla disciplina 231, ossia la prevenzione di reati presupposto, tra i quali rientrano anche quelli previsti dall'art. 25-*septies* del Decreto. Ecco allora che l'art. 30 avrebbe la funzione di specificare le caratteristiche che il Modello adottato ai sensi del d.lgs. 231/2001 deve necessariamente presentare con riferimento alla prevenzione dei reati di omicidio e lesioni colpose commessi in violazione della normativa posta a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. In relazione a tali reati, quindi, il SGSL contemplerebbe i presidi volti ad assicurare il rispetto di tutte quelle norme prevenzionali la cui violazione costituirebbe un addebito di colpa specifica in capo al soggetto agente: nel settore in questione, dunque, il Modello 231 assolverebbe ad una “finalità cautelare di secondo grado” rispetto alla vita e all'incolumità dei lavoratori, andando a prevenire la commissione di reati colposi da parte dell'ente⁶⁶, laddove invece gli specifici presidi di cui al d.lgs. 81/2008 rappresenterebbero una tutela diretta e idonea, semmai, a fondare l'addebito di responsabilità delle persone fisiche individuabili quali garanti.

Secondo chi scrive, dunque, il rapporto tra due Modelli si porrebbe in termini di complementarietà, andandosi ad integrare reciprocamente⁶⁷.

L'art. 30, lungi dallo stabilire un obbligo di adozione del Modello 231, detta alcuni contenuti imprescindibili perché lo stesso possa essere considerato idoneo a prevenire i reati commessi in violazione della normativa antinfortunistica⁶⁸. L'art. 30, quindi, non costituirebbe solo “una specificazione normativa dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, ma, altresì,

⁶⁵ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 137.

⁶⁶ ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, cit., p. 499. p. 513.

⁶⁷ cfr. DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 138. Ormai è riscontrabile nella prassi, che il Modello ex art. 30 non sia altro che una “parte speciale” del Modello organizzativo adottato ai sensi del d.lgs. 231/2001 (sul punto, v. anche *infra*, cap. II, par. 4.2.)

⁶⁸ *Ivi*, p. 139.

*il punto di intersezione tra i piani di sicurezza e valutazione dei rischi e i modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. 231/2001*⁶⁹.

Ne deriva che, pur essendo intimamente connessi i due piani rappresentati rispettivamente dagli artt. 6-7 del Decreto e dall'art. 81 d.lgs. 81/2008, è comunque necessario tenere presente la diversa funzione degli stessi; ciò anche ai fini di quello che si dirà oltre in materia di compiti dell'Organismo di Vigilanza (cfr. cap. II, par. 4.2.). Il sistema di gestione della sicurezza disciplinato dal d.lgs. 81/2008, infatti, si pone in chiave di prevenzione del rischio sul lavoro, rischio che non coincide necessariamente con l'incidente, potendo riguardare qualsiasi evento, anche non sfociante in una lesione o nella morte di un lavoratore (basi pensare ai c.d. *near misses* o quasi-incidenti) e, in generale, qualsiasi condotta considerata *ex se* come pericolosa. Il MOG 231, invece, è finalizzato a prevenire i delitti di evento di cui all'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001, oltre che tutti gli altri reati previsti dal nutrito catalogo della legge⁷⁰.

2.5. I criteri di attribuzione della responsabilità all'ente nell'ambito dei reati colposi

Fatta la premessa di cui sopra sui contenuti dell'art. 30 d.lgs. 81/2008 e sul suo rapporto con la disciplina 231, occorre soffermarsi sulle implicazioni di tale disciplina in termini di colpevolezza, sia dell'ente che delle persone fisiche eventualmente coinvolte.

Infatti, la diversità dei criteri attributivi di responsabilità in capo all'ente e della conseguente ripartizione di oneri probatori ai fini dell'esimente costringe a particolari riflessioni ove si considerino i soggetti destinatari degli obblighi antinfortunistici *ex d.lgs. 81/2008* e le implicazioni derivanti dall'istituto della delega di funzioni.

Nell'ipotesi in cui la commissione del reato (colposo) sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, risulterebbe agevole ravvisare profili di responsabilità concorsuale (sempre a titolo colposo) anche in capo al soggetto

⁶⁹ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”, cit., p. 429.

⁷⁰ *Ibidem*. L'autore evidenzia che i piani di sicurezza, “*devono essere adottati dai garanti della sicurezza sul lavoro (dal datore di lavoro), persone fisiche, ai sensi degli artt. 17 e 28 d.lgs. 81/2008 per evitare infortuni e malattie professionali; (...) i protocolli costituiscono manifestazione di un dovere di 'organizzazione sicura', il cui destinatario è l'ente ed il cui scopo è la prevenzione di una cospicua serie di reati*”.

apicale, datore di lavoro. In sostanza, la differenza tra i due criteri soggettivi di ascrizione della responsabilità *ex artt. 6 e 7* innanzi descritti sfumerebbe in un meccanismo – per così dire ‘circolare’ – finendo per coincidere, sempre e comunque, con quello ben più rigoroso di cui all’art. 6⁷¹.

Pare rispondente all’esigenza di contenere il potenziale espansivo del citato art. 6⁷² il disposto di cui all’art. 16 co. 3 d.lgs. 81/2008, che rappresenta, in materia antinfortunistica, il punto di incontro tra “*il piano della colpevolezza dei soggetti collocati in posizione apicale e quello della colpevolezza dell’ente per inidoneità del modello organizzativo*”⁷³.

Tale norma, infatti, nel prevedere che la delega di funzioni “*non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite*”, specifica ulteriormente che tale obbligo “*si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’art. 30, comma 4*”.

Nello specifico, il quarto comma della norma in esame stabilisce che “*il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l’eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all’igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell’organizzazione e nell’attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico*”.

È evidente come l’adozione del Modello e l’implementazione di tale sistema di controllo, oltre che essere finalizzata all’esclusione della responsabilità dell’ente per i reati di cui all’art. 25-*septies* del Decreto, sia anche funzionale ad escludere la responsabilità a titolo personale del datore di lavoro. Qualora infatti quest’ultimo abbia conferito una valida delega e il reato si sia verificato nell’ambito delle funzioni trasferite, un adeguato Modello consentirebbe di mandare esente da responsabilità l’ente, non tanto in virtù dell’esimente di cui all’art. 6, quanto sulla base della carenza di uno dei criteri oggettivi di attribuzione della responsabilità previsti dall’art. 5, ossia la commissione del reato da parte di un

⁷¹ ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, cit., p. 499. p. 523.

⁷² *Ivi*, p. 526.

⁷³ *Ivi*, p. 519.

soggetto apicale⁷⁴. Né potrebbe sostenersi che la responsabilità dell'ente dipenda dal reato commesso dal delegato (quale soggetto "sottoposto" alla direzione del datore di lavoro), poiché in tal caso occorrerebbe dimostrare l'"*inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza*" che, si è detto, si ritengono assolti mediante la predisposizione un sistema di controllo conforme a quanto indicato dall'art. 30 co. 4⁷⁵.

A prescindere da quanto sopra esposto, non può non sfuggire il particolare atteggiarsi dei criteri ascrittivi di responsabilità *ex art. 6* nell'ambito di cui trattasi, così come d'altronde evidenziato in dottrina⁷⁶. Tali criteri muterebbero di contenuto, alla luce del fatto che l'interesse *ex art. 5*, nell'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, è parametrato sulla condotta anziché sull'evento (cfr. *supra*, par. 1.1.). Secondo tale visione, infatti, sarebbe inevitabile che, in sede di imputazione oggettiva, si anticipino delle valutazioni tipiche della fase di imputazione soggettiva ai sensi degli artt. 6-7: al momento di accertare se il reato risponda a un interesse dell'ente, si finirebbe con l'accertare una colpevolezza organizzativa, derivante da una determinata politica di impresa. Si giungerebbe dunque per avere un unico e indifferenziato criterio ascrittivo, "*in ottica esclusivamente funzionale e organizzativa, di modo che l'unico e reale filtro selettivo della responsabilità*" sarebbe rappresentato dall'art. 5. In ragione di ciò, c'è chi ha addirittura evidenziato come sarebbe addirittura "*irragionevole il mantenimento di un meccanismo di esclusione della responsabilità dell'ente differenziato tra i vertici della persona giuridica e soggetti sottoposti all'altrui direzione*".

Benché tale tesi sia assolutamente logica sul piano astratto e condivisibile, anche nel suo intendimento provocatorio, si ritiene che la differenziazione tra tipologie di autori del reato, ferma quanto esposto in materia di delega di funzioni e di vigilanza *ex art. 30 co. 4*, resti pur sempre necessaria nella pratica, soprattutto nell'ottica di poter disporre di un valido metodo di riparto degli oneri probatori tra Accusa e Difesa e di non gravare eccessivamente la Difesa di quella *probatio diabolica*. Vero è, infatti, che le scelte di risparmio di spesa, sulla cui base è costruito in chiave accusatoria l'interesse dell'ente, dipendono fisiologicamente proprio dai soggetti apicali; tuttavia, è anche vero che il reato presupposto potrebbe essere commesso da un soggetto sottoposto in violazione di regole

⁷⁴ *Ivi*, p. 520.

⁷⁵ *Ivi*, p. 521.

⁷⁶ CONSULICH, F., "*Vigilantes puniri possunt*", cit., pp. 439-440.

cautelari che nulla hanno a che vedere con la generale politica di impresa. In tal caso allora dovrebbe trovare applicazione l'art. 7, e l'onere della prova incombere sull'Accusa.

3. L'Organismo di Vigilanza

Per quanto di specifico interesse ai fini della presente trattazione, si sottolinea con particolare enfasi che rientra nell'onere probatorio dell'ente, ai sensi dell'art. 6 del Decreto, anche la dimostrazione di aver affidato “*il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli, di curare il loro aggiornamento sia stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*” e che, inoltre, “*non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di vigilanza*”. Quelli sopra menzionati rappresentano gli unici riferimenti all'OdV contenuti nel Decreto. Perché un Modello possa ritenersi efficacemente attuato, dunque, è necessario che l'organo amministrativo dell'Ente, congiuntamente all'approvazione dello stesso, nomini anche l'Organismo di Vigilanza. In assenza di tale organo, anche l'Ente più strutturato e organizzato, non potrà andare esente da responsabilità⁷⁷.

Si tenga presente, tuttavia, che la disciplina dell'OdV presenta il maggior livello di indeterminatezza, rappresentando uno dei profili più oscuri della normativa 231: sono state infatti oggetto di dibattito tutta una serie di questioni legate alla nomina, al numero, alla qualifica e ai requisiti dei componenti, nonché ai poteri di questi ultimi e alle modalità di esercizio degli stessi⁷⁸. In proposito non sono mancate le critiche rivolte al legislatore, che ha di fatto delegato “*all'autonomia privata il compito di sciogliere, nel singolo caso concreto, tali nodi*”, con l'aggravio di dover calare tale disciplina, come si vedrà, sul terreno del diritto societario⁷⁹.

3.1. Requisiti

⁷⁷ cfr. “*Principi consolidati per la redazione dei Modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*”, CNDCEC- ABI-CNF- Confindustria, Febbraio 2019, p. 30.

⁷⁸ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, pp. 400-401.

⁷⁹ *Ibidem*.

Appare utile delineare i requisiti soggettivi dell'Organismo di Vigilanza, anche al fine di saperlo collocare all'interno della compagine aziendale e di definirne i rapporti con gli altri organi disciplinati dalla normativa di diritto societario⁸⁰.

Come preannunciato, con riferimento alle caratteristiche dell'OdV e dei suoi membri, il dettato normativo si presenta alquanto scarno, in quanto l'art. 6 co. 1 lett b) menziona unicamente gli “*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”. Pertanto, anche alla luce dell'elaborazione operata dalla prassi e dalla giurisprudenza⁸¹, si è arrivati a individuare quelli che sono i requisiti “soggettivi” – autonomia, indipendenza, professionalità, onorabilità e continuità d'azione – la cui sussistenza deve essere verificata, secondo l'opinione delle principali associazioni di categoria⁸², nei confronti dell'Organismo globalmente considerato e non con riguardo a ciascun componente, salvo alcune specificazioni di cui meglio si dirà nel prosieguo in relazione al requisito dell'indipendenza.

Autonomia e indipendenza⁸³

⁸⁰ GARGARELLA MARTELLI A., *L'organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 4/2009, p. 770.

⁸¹ Trib. Milano, ordinanza Ufficio Gip, 20.9.2004, in *Foro it.*, 2005, pp. 537 e ss., nella quale si statuisce, in relazione all'Organismo di Vigilanza, che “*perché questo organo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere i propri compiti, è necessario che ne sia garantita la autonomia, l'indipendenza e la professionalità*”.

⁸² CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 30.

⁸³ Un utile base di partenza per poter riempire di significato i concetti di autonomia e indipendenza con riferimento all'OdV è rappresentato dalla disciplina e dai principi elaborati in merito alla figura dei Sindaci. In particolare, l'art. 8 del Codice di Autodisciplina delle società quotate in borsa, elaborato dal Comitato per la *Corporate Governance* (luglio 2018), prevede che: “8.P.1. *I sindaci agiscono con autonomia ed indipendenza anche nei confronti degli azionisti che li hanno eletti. (...) 8.P.3. L'emittente predispose le misure atte a garantire un efficace svolgimento dei compiti propri del collegio sindacale. (...) 8.C.1. I sindaci sono scelti tra persone che possono essere qualificate come indipendenti anche in base ai criteri previsti dal presente Codice con riferimento agli amministratori. Il collegio verifica il rispetto di detti criteri dopo la nomina e successivamente con cadenza annuale (...) 8.C.2. I sindaci accettano la carica quando ritengono di poter dedicare allo svolgimento diligente dei loro compiti il tempo necessario. (...) 8.C.4. La remunerazione dei sindaci è commisurata all'impegno richiesto, alla rilevanza del ruolo ricoperto nonché alle caratteristiche dimensionali e settoriali dell'impresa. 8.C.5. Il sindaco che, per conto proprio o di terzi, abbia un interesse in una determinata operazione dell'emittente informa tempestivamente e in modo esauriente gli altri sindaci e il presidente del consiglio di amministrazione circa natura, termini, origine e portata del proprio interesse. (...)*. Inoltre, così come sottolineato dai *Principi consolidati*, cit., p. 31, le Norme di Comportamento del Collegio Sindacale sanciscono l' “*onerosità dell'incarico*” così da garantire “*serietà ed indipendenza essendo ben noti i pericoli di dequalificazione legati al carattere meramente onorifico di certe cariche (...)*”, oltre che la “*predeterminazione e invariabilità*” dello stesso, al fine di “*evitare variazioni della*

L'autonomia è l'unico requisito espressamente previsto dal Decreto e prevede che l'attività di vigilanza dell'Organismo sia condotta senza interferenze e/o condizionamenti esercitati da parte di qualunque soggetto o organo interno all'ente, primo fra tutti l'organo dirigente. Tale caratteristica presuppone inoltre che l'OdV non abbia alcun compito operativo o ruolo decisionale all'interno dell'ente, così da non pregiudicarne l'imparzialità di giudizio nel corso dello svolgimento delle verifiche⁸⁴.

Tale requisito riguarda, in particolare, la sfera dell'iniziativa dell'OdV ed è, peraltro, strettamente connessa all'autosufficienza finanziaria e alla possibilità di poter fruire liberamente del *budget* messo a sua disposizione dal vertice societario⁸⁵. In virtù di tale principio, l'OdV, nello svolgimento delle proprie attività dovrà avere oltre che “*libero accesso alle funzioni dell'ente senza necessità di consenso preventivo*”, anche la “*possibilità di avvalersi di tutte le strutture dell'ente e dei suoi consulenti*”⁸⁶.

È possibile invece cogliere il significato dell'indipendenza laddove si guardi l'OdV nel suo rapporto con l'ente e, pertanto, è definibile quale assenza di legami di “*sudditanza*”⁸⁷ e di conflitti di interesse⁸⁸ o altri tipi di legami rispetto all'organo dirigente e al suo *management*. In linea di massima, non sono quindi indipendenti coloro che abbiano un legame di parentela/affinità con i vertici societari nonché coloro che intrattengano o abbiano intrattenuto in tempi recenti rapporti professionali con l'ente⁸⁹.

Per assicurare tale esigenza, sarà necessario che l'OdV possa riferire direttamente all'organo di vertice e che l'operato dello stesso non sia sottoposto al sindacato di altri organi aziendali⁹⁰.

Strettamente funzionale a garantire l'indipendenza è il compenso, che dovrebbe essere parametrato sulla preparazione professionale dei componenti e sulla mole di attività

retribuzione in funzione del tipo di controllo esercitato” e potenziali accordi collusivi con l'organo dirigente o possibili azioni ritorsive in danno del Collegio Sindacale stesso.

⁸⁴ *Ivi*, p. 31; cfr., inoltre, Trib. Roma, uff. GIP, ordinanza 4 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, p. 317.

⁸⁵ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 54.

⁸⁶ MAGLIA S., DI GIROLAMO A., *Poteri e responsabilità dell'organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs n. 231/01*, in *Ambiente e Sviluppo*, 3/2012, IPSOA, p. 230.

⁸⁷ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 54.

⁸⁸ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 31.

⁸⁹ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal D. lgs. n. 231/01. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2012, p. 209.

⁹⁰ MAGLIA S., DI GIROLAMO A., *Poteri e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 230.

richiesta⁹¹ (a seconda, ad esempio, delle dimensioni dell'ente, delle particolari aree di rischio presenti, ecc.). Peraltro si tenga presente che, generalmente, il tema del compenso si pone più per i professionisti esterni, valendo, per i componenti interni, il rapporto contrattuale in essere, sulla base del quale, al limite, vengono aggiunte delle specifiche indennità⁹².

Sebbene si sia in presenza di due concetti nella sostanza interdipendenti, per cui uno presuppone l'altro e viceversa⁹³ - un Organismo 'suddito' rispetto all'organo dirigente, infatti, non potrebbe mai dispiegare un'autonoma iniziativa di vigilanza - a parere di chi scrive è bene tenerli sempre distinti⁹⁴.

In definitiva, *“l'autonomia va intesa come libertà di azione e di autodeterminazione nonché di attribuzione all'Organismo di poteri autonomi adeguatamente supportati dalla possibilità di spesa (...), mentre l'indipendenza attiene maggiormente all'attitudine mentale e al modus operandi del componente dell'OdV, il quale, di conseguenza, deve essere esonerato da compiti operativi/gestori”*⁹⁵.

Da ultimo, preme evidenziare come si sia registrato un dibattito in merito alla riferibilità del requisito di indipendenza ai singoli componenti o all'OdV considerato nel suo insieme, soprattutto in caso di composizione collegiale *“mista”* (cfr. *infra* par. 3.2.). Da una parte, si è sottolineato che, in tale ultima ipotesi, dai componenti interni *“non potrà pretendersi una assoluta indipendenza”* e che, quindi, *“il grado di indipendenza dell'Organismo dovrà essere valutato nella sua globalità”*⁹⁶. Dall'altra parte, in chiave fortemente critica, diversa opinione dottrinale, peraltro minoritaria⁹⁷, ha rilevato come non siano *“tollerabili disomogeneità in punto di indipendenza, requisito che dev'essere necessariamente posseduto da ciascun componente dell'Organismo”*⁹⁸.

⁹¹ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 31.

⁹² BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013, p. 153.

⁹³ LEDDA F., GHINI P., *Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1/2008, p. 214.

⁹⁴ Sul punto, *contra*, LEDDA F., GHINI P., *Organismo di vigilanza*, cit., p. 214.

⁹⁵ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., pp. 30-31.

⁹⁶ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 58; nello stesso senso v. anche MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, in *Giur. Comm.*, 4/2009, p. 653.

⁹⁷ cfr. ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 208.

⁹⁸ GARGARELLA MARTELLI A., *L'organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, cit., p. 771.

La soluzione più equilibrata alla problematica in questione – e maggiormente ‘pragmatica’ rispetto all’inaggirabile prassi, in concreto affermata, di inserire all’interno dell’OdV un componente interno all’azienda – pare essere quella di sottoporre il requisito dell’indipendenza ad un ‘doppio binario’ di giudizio. Con riferimento, dunque, ai componenti esterni occorrerà porsi in maniera più severa rispetto a quelli interni, per i quali non potrebbe “*valere la stessa regola, posto che il legame con l’ente è già in re ipsa*”⁹⁹.

Professionalità

L’OdV, a prescindere dalla sua composizione monocratica o collegiale, dovrebbe essere necessariamente dotato di un ‘bagaglio’ contenente conoscenze tecniche variegata e, come tali, idonee a garantire l’espletamento dei suoi compiti in maniera efficace. A voler esemplificare più dettagliatamente, appare opportuno che l’OdV non sia digiuno di conoscenze in ambito giuridico e di metodologie aziendalistiche tipiche della funzione *internal audit*: diritto penale e responsabilità amministrativa degli enti (appare imprescindibile, infatti, la conoscenza della struttura e delle modalità commissive dei reati); campionamento statistico; analisi e valutazione dei rischi e di contenimento degli stessi; analisi delle procedure; tecniche di intervista e di elaborazione di questionari¹⁰⁰; tecniche ispettive¹⁰¹. In proposito, si noti come le conoscenze empirico-criminologiche e le tecniche di *risk assessment* (interviste, ecc.), necessarie in fase di redazione del MOG, siano altresì indispensabili in fase di valutazione dell’adeguatezza dello stesso, che rappresenta uno dei compiti per antonomasia dell’Organismo di Vigilanza.

Sebbene, sotto il profilo giuridico, le conoscenze in materia penale costituiscano la base, la circostanza che il novero dei reati presupposto si sia espanso fino a ricomprendere reati propri di settori specialistici del diritto (reati societari, reati informatici, *market abuse*, omicidio e lesioni commessi in violazione della normativa antinfortunistica), suggerisce di fare in modo che la composizione dell’OdV “*rifletta una pluralità di competenze*” che abbraccino saperi ulteriori, anche alla luce delle particolari esigenze di prevenzione della

⁹⁹ ABRIANI N., GIUNTA F., *L’organismo di vigilanza*, cit., p. 205; v. anche VALENSISE P., *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001: poteri, composizione e responsabilità*, in *Anal. Giur. dell’Economia*, 2/2009, p. 363.

¹⁰⁰ ABRIANI N., GIUNTA F., *L’organismo di vigilanza*, cit., p. 205.

¹⁰¹ MAGLIA S., DI GIROLAMO A., *Poteri e responsabilità dell’organismo di vigilanza*, cit., p. 230.

società (ad esempio, una società edile potrebbe necessitare di un esperto di salute e sicurezza sul lavoro, a differenza di una banca, per la quale sarà preferibile un soggetto competente in antiriciclaggio) ¹⁰². Tale variegato contributo può essere offerto in via diretta (tramite componenti esperti in un dato settore) o indiretta (attraverso l'attivazione di consulenze esterne).

Premesso, infatti, che sarebbe inesigibile che ogni singolo componente possieda tutte le conoscenze sopra esposte, laddove le competenze dell'OdV non siano adeguate alle funzioni da svolgere con riferimento a particolari rami specialistici, lo stesso potrà/dovrà avvalersi di consulenze esterne, servendosi del *budget* messo a disposizione dall'ente (cfr. *infra* cap. I, par. 2); ciò a maggior ragione nelle ipotesi di composizione monocratica, ove pare impensabile il cumulo, in capo ad un singolo soggetto, di conoscenze trasversali a più ambiti, magari molto eterogenei tra loro.

In ragione di quanto sopra, le considerazioni espresse da parte di alcuni con riguardo al requisito dell'indipendenza, non potrebbero in alcun modo valere per quello della professionalità. Infatti, anche nell'ottica di non appesantire la composizione dell'OdV e di evitare duplicazioni di ruoli, è opportuno che la professionalità, in caso di Organismo plurisoggettivo assuma una configurazione a “*geometria variabile*”¹⁰³ da valutare globalmente e non con riguardo a ciascun componente.

Onorabilità

Nonostante il silenzio normativo sul punto, nella prassi ha da sempre preso corpo l'idea che il Modello debba prevedere cause di ineleggibilità quale componente dell'OdV e di incompatibilità con il mantenimento della carica. La disciplina relativa ai sindaci ha rappresentato qui, così come per molte altre tematiche riguardanti l'OdV, un utile parametro di riferimento: ci si riferisce, in particolare, all'art. 2 D.M. 30 marzo 2000, n. 162, che detta i requisiti di onorabilità di cui devono essere titolari i sindaci delle società quotate in borsa. Secondo tale norma, non può ricoprire la carica di sindaco chi sia stato sottoposto “*a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 (...)*” o chi sia stato condannato “*con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena*

¹⁰² ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 206.

¹⁰³ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., pp. 30-31.

detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria e assicurativa e dalle norme in materia di mercati e strumenti finanziari, in materia tributaria e di strumenti di pagamento; 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a sei mesi per un delitto contro la pubblica amministrazione la fede pubblica, il patrimonio, l'ordine pubblico e l'economia pubblica; 4) alla reclusione per un tempo non inferiore ad un anno per un qualunque delitto non colposo”.

In realtà, un Modello che prenda in considerazione unicamente la sentenza di condanna irrevocabile, è stato ritenuto insufficiente sin dalle prime applicazioni giurisprudenziali¹⁰⁴. Ciò perché si giungerebbe al risultato, quasi paradossale, di ammettere la nomina di un soggetto condannato, “*seppure con sentenza non irrevocabile - per corruzione, per truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile ad esempio per gravi fatti corruttivi*”¹⁰⁵. Ancora, si è censurato quel Modello nel quale le cause di ineleggibilità/incompatibilità erano tali da rendere possibile lo svolgimento del ruolo di componente a un soggetto “*già condannato per uno dei reati contemplati nel decreto, fino al passaggio in giudicato della sentenza*”¹⁰⁶.

Nella pratica, come rilevato dalla dottrina, i Modelli più ossequiosi rispetto alla rigida impostazione adottata dalla giurisprudenza, prevedono cause di ineleggibilità e incompatibilità/decadenza nel caso in cui “*intervenga un qualunque provvedimento giurisdizionale che effettui una delibazione, ancorché sommaria e provvisoria, sulla sussistenza della responsabilità o addirittura sulla non infondatezza della notizia criminis nei confronti dei membri dell’OdV (ad esempio, emissione del decreto di rinvio a giudizio oppure del decreto di giudizio immediato; non invece il decreto di citazione a giudizio che è atto del PM)*”¹⁰⁷ per i reati di cui al d.lgs. 231/2001 e per reati diversi che superino, però, determinate soglie di gravità.

Su una linea simile si pongono le principali associazioni di categoria, secondo le quali non possono essere nominati soggetti che siano stati destinatari di una condanna, anche

¹⁰⁴ Trib. Milano, ordinanza Ufficio Gip, 20.9.2004, in *Foro it.*, 2005, pp. 537 e ss.

¹⁰⁵ *Ibidem*; sul punto cfr. anche ABRIANI N., GIUNTA F., *L’organismo di vigilanza*, cit., p. 207.

¹⁰⁶ Trib. Napoli, ordinanza Ufficio Gip, 26.6.2007, in *www.rivista231.it*.

¹⁰⁷ ABRIANI N., GIUNTA F., *L’organismo di vigilanza*, cit., p. 208.

non definitiva, per uno dei reati previsti dal Decreto o chi sia stato condannato con sentenza irrevocabile per qualsivoglia tipologia di reato¹⁰⁸.

Dal punto di vista di chi scrive, pare condivisibile tale impostazione – più restrittiva rispetto a quella elaborata sulla scorta della disciplina societaria – in considerazione del ruolo dell’OdV che, a differenza dei sindaci, è tenuto ad espletare compiti di controllo incentrati sulla prevenzione di reati; è evidente come suonerebbe distonico rispetto al ‘sistema 231’ – anche sotto il profilo del tipo di ‘messaggio’, possibilmente improntato all’etica e alla trasparenza, che si voglia infondere nella cultura aziendale – consentire che l’organo deputato alla vigilanza sul Modello sia composto da individui il cui pregresso sia immune dalla seppur minima macchia reputazionale.

Continuità d’azione

Il requisito di cui trattasi, in realtà, più che riguardare l’Organismo in quanto tale, i suoi singoli componenti nonché i rapporti di questi ultimi con l’ente, attiene all’attività che lo stesso è tenuto a svolgere.

L’attività dell’OdV deve quindi essere svolta “*in modo continuativo*”, senza che abbia alcun rilievo la composizione dello stesso¹⁰⁹; ciò si traduce inevitabilmente in una “*struttura dedicata esclusivamente e a tempo pieno*” alle attività sottese al ruolo di vigilanza¹¹⁰.

3.2. Composizione

La questione della composizione dell’Organismo di Vigilanza merita una trattazione più diffusa, essendo indissolubilmente legata a quella dell’indipendenza sopra esposta e non potendosi escludere a priori che situazioni di conflitto di interessi o di “sudditanza” possano riverberarsi sul concreto operato dell’OdV con implicazioni, come si vedrà, anche in termini di giudizio negativo circa l’adeguatezza del Modello.

¹⁰⁸ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 32.

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 34.

¹¹⁰ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell’organismo di vigilanza*, cit., p. 55.

3.2.1. Collegiale o monocratico?

La scelta circa un Organismo collegiale o monocratico, nel silenzio del legislatore, non potrà che dipendere dalla complessità e dal tipo di controlli da espletare che, a loro volta, saranno direttamente proporzionali alle dimensioni e all'articolazione dell'ente.

Soprattutto per le imprese medio-grandi è sconsigliabile, quindi, concentrare in un unico soggetto tutte le funzioni demandate all'OdV e la composizione collegiale appare come “una scelta di fatto obbligata”¹¹¹; ciò anche alla luce del progressivo ampliarsi del catalogo dei reati presupposto. Invece, per gli enti di piccole dimensioni – in termini di fatturato, di articolazione e di operatività – che presentano tendenzialmente minori aree di rischio, potrebbe rivelarsi sufficiente un Organismo monocratico.

In generale, comunque, come suggerito dalle associazioni di categoria, la composizione dovrebbe essere valutata caso per caso; tuttavia paiono lecite delle generalizzazioni: “*in astratto, quella collegiale, in cui oltre a professionisti esterni possono combinarsi soggetti interni all'Ente – anche al fine di agevolare i flussi informativi – potrebbe soddisfare al meglio i requisiti di continuità di azione e, soprattutto quello relativo alle competenze che l'Organismo deve possedere: attraverso una configurazione plurisoggettiva, infatti, sarà possibile combinare skills relative a materie aziendalistiche, profili penali, aspetti tecnici concernenti il core business dell'impresa (...). D'altro canto, la composizione monocratica talvolta può risultare più opportuna nelle realtà più piccole o laddove esistano già strutture composite di internal auditing e/o di compliance*”¹¹².

3.2.2. La difficile convivenza dei componenti interni e del consulente esterno

Come correttamente sostenuto, “*la scelta di membri esclusivamente interni comporta l'innegabile vantaggio di un'approfondita conoscenza della società e delle sue problematiche. Per contro, essa rischia di minare l'indipendenza dell'OdV. La decisione*

¹¹¹ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 212. L'autore compie anche un'interessante *excursus* su alcuni esempi pratici di grosse aziende che, nell'immediatezza dell'approvazione del Modello avevano optato per un Organismo collegiale, salvo poi virare successivamente verso una composizione collegiale (Fiat S.p.A., Poste italiane, Enel S.p.A., Consip).

¹¹² CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 37.

*di comporre l'OdV interamente di membri esterni, al contrario, può comportare delle difficoltà operative dovute alla scarsa conoscenza del tessuto societario*¹¹³.

In dottrina e nella prassi, dunque, si è affermata la tendenza a ritenere consigliabile la nomina di un OdV collegiale e misto, con attribuzione della Presidenza, ove possibile, al membro esterno¹¹⁴. Peraltro, la nomina di almeno un componente “interno”, avente un rapporto subordinato o di consulenza con l'ente, è stato da sempre ammesso dalle stesse associazioni di categoria¹¹⁵, creando, comunque, inevitabili tensioni con l'esigenza di assicurare il requisito dell'indipendenza. Eppure tale è la soluzione preferita – e preferibile – soprattutto per gli enti di grandi dimensioni che presentino processi particolarmente complessi, proprio per garantire un *trait d'union* costante con i componenti esterni, totalmente avulsi rispetto alla realtà aziendale, e per poter monitorare con più facilità le aree di rischio¹¹⁶.

I componenti interni: gli amministratori e altri referenti societari

Sul punto, una conclusione è ormai pacifica in dottrina, conformemente a quanto statuito dalla giurisprudenza in plurime pronunce. Infatti, alla luce della necessità, avvertita anche da chi condivide posizioni meno rigorose sul punto, di evitare che il ruolo sia ricoperto da soggetti che svolgano ruoli operativi e/o gestionali all'interno dell'ente, deve senza dubbio escludersi l'eventualità che gli amministratori esecutivi o dipendenti in staff all'amministratore delegato entrino a far parte dell'OdV¹¹⁷. Si sono al contrario creati due orientamenti contrapposti in dottrina con riferimento agli amministratori c.d. indipendenti,¹¹⁸ ossia coloro che facciano parte dei c.d. *audit committee* di alcune tipologie di società (quotate, banche, s.g.r., ecc.) o che siano componenti del comitato per il controllo sulla gestione disciplinato dall'art. 2409-*octiesdecies* cod. civ., nell'ambito

¹¹³ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 205; PIERGALLINI G., *I modelli organizzativi*, in AAVV, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 171.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 59: addirittura si ammette la possibilità di un organismo monocratico, rappresentato da un componente interno, salva una verifica rigorosa circa l'eventuale sussistenza in capo allo stesso di compiti operativi e/o di controllo già esercitate all'interno dell'ente.

¹¹⁶ MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, cit., p. 653.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ VIZZARDI M., *Osservazioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza ex D. Lgs n. 231/01. È opportuno che un membro del C.d.a. o un sindaco entrino a far parte dell'o.d.v.?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

del sistema di *governance* c.d. monistico. In relazione a tali soggetti, vi è chi ne ha sostenuto la compatibilità con il ruolo di componente dell'OdV, non avendo gli stessi alcun potere di gestione, bensì unicamente funzioni di controllo all'interno del CdA. Sul fronte opposto, si è sostenuto con forza l'esclusione dall'Organismo di qualsiasi tipo di amministratore, sul presupposto che quest'ultimo – ancorché privo di deleghe nel sistema tradizionale o “indipendente” in quello monistico – parteciperebbe pur sempre alle scelte gestionali e alle valutazioni circa l'adeguatezza degli assetti organizzativi della società, attraverso l'esplicazione del proprio diritto di voto in seno al collegio¹¹⁹. I fautori di tale impostazione sottolineano come ciò comporti un evidente rischio di sovrapposizione tra “controllori” e “controllati” che finirebbe per “*indebolire l'OdV, soprattutto in ipotesi in cui siano proprio gli amministratori (...) a tollerare, se non addirittura a commettere, attività illecite nell'interesse della società*”¹²⁰. La giurisprudenza, tra l'altro, sin dalle prime applicazioni della normativa in questione, si è attestata su questa seconda linea, affermando in maniera *tranchante* che “*appare auspicabile*” la nomina di un OdV “*formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali*”¹²¹.

Inoltre, si tenga presente che, per espressa previsione normativa (art. 6 co. 4 d.lgs. 231/2001), solo per gli enti di “*piccola dimensione*” sarebbe astrattamente prevista la possibilità di attribuire le funzioni di OdV ad un amministratore. Balza all'occhio la finalità del legislatore che, nello stabilire questa rilevante eccezione, ha ritenuto di incentivare gli enti di dimensioni ridotte a dotarsi di un Modello organizzativo, semplificando la vigilanza attraverso un organo già esistente ed evitando, dunque, che gli stessi si trovino a dover sostenere costi sproporzionati rispetto ai benefici derivanti dalla prevenzione dei reati¹²². Vale la pena soffermarsi sul punto, solo per sottolineare come, nella pratica, tale opzione risulti difficilmente praticabile e come la norma menzionata sia destinata a rimanere ‘lettera morta’. Infatti, oltre all'incertezza applicativa derivante dalla generica espressione “*piccola dimensione*”¹²³ – che in sede processuale potrebbe complicare non poco, se non frustrare totalmente, l'adempimento degli oneri probatori

¹¹⁹ PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 159.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.

¹²² CECCHERINI A., *L'organismo di vigilanza e la piccola impresa nel D. lgs n. 231/01*, in *Le Società*, 2/2010, p. 141.

¹²³ *Ivi*, p. 140.

circa l'effettività di un OdV autonomo e indipendente – è inevitabile che si creino conflitti di interessi in capo al medesimo soggetto, che diventerebbe al tempo stesso controllore e controllato¹²⁴, riducendo la vigilanza ad una sorta di “*autocontrollo*”¹²⁵; ciò a maggior ragione ove si consideri l'ampliamento del catalogo degli illeciti amministrativi e, di conseguenza, degli ambiti che vedono i vertici societari quali fisiologici autori di determinati reati¹²⁶.

Sempre secondo la posizione maggioritaria, appare inoltre inammissibile che, oltre agli amministratori, possano essere chiamati ad entrare nell'Organismo referenti societari (ad esempio, responsabili di funzione) deputati a dirigere aree sensibili, “*in quanto si tratta di soggetti che, oltre a operare a stretto contatto con i vertici societari, contribuiscono a elaborare la strategia di fondo e a gestire l'attività aziendale*”¹²⁷.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ambito della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, appare del tutto sconsigliabile inserire nell'OdV figure appartenenti all'organigramma della sicurezza, quali il RSPP e altri soggetti previsti dalla normativa (dirigenti, preposti, medico competente, addetti al servizio di prevenzione e protezione, ecc.)¹²⁸. Ciò nonostante, la società rimane ben libera di compiere valutazioni circa l'opportunità di nominare quale componente un soggetto, esterno, esperto in tali delicate materie, con i limiti e le perplessità di cui si dirà nel prosieguo qualora quest'ultimo intrattenga con la stessa un rapporto di consulenza.

In conclusione, le figure interne che – per loro natura intrinseca e per collocazione all'interno dell'organigramma aziendale – si prestano maggiormente a ricoprire tale ruolo sono i referenti del dipartimento *legal* e *internal audit*¹²⁹ che, seppur gerarchicamente dipendenti dall'organo amministrativo, sono privi di compiti operativi. Oltre a questi

¹²⁴ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 36.

¹²⁵ CECCHERINI A., *L'organismo di vigilanza e la piccola impresa*, cit., p. 140.

¹²⁶ Si pensi al caso paradossale in cui il vertice societario sia solito commettere in maniera sistematica i reati presupposto di cui al Decreto perseguendo una politica di impresa criminale (consegna di ‘mazzette’ a dirigenti pubblici per l'assegnazione di appalti) o alle ipotesi in cui unicamente il vertice societario sia nelle condizioni di porre in essere determinate condotte (ad esempio, le omissioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, per le quali il principale responsabile è il Datore di Lavoro): è evidente come l'OdV e il Modello verrebbero totalmente svuotati di significato e la coincidenza controllore/controllo provocherebbe dei corto-circuiti assolutamente ingestibili.

¹²⁷ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 215.

¹²⁸ CAMMAROTO G., CASTIELLO A., SILVETTI V., *Il codice della responsabilità (amministrativa) penale degli enti*, Key Editore, 2018, p. 242.

¹²⁹ *Ibidem*.

ultimi, possono annoverarsi anche altri soggetti appartenenti a “*funzioni di controllo interno di secondo livello*”, quali la *compliance*¹³⁰.

Il consulente esterno

Alcune voci hanno posto l'accento sull'opportunità di prediligere la nomina di un consulente aziendale esperto in determinate materie (quale ad esempio quello in materia di salute e sicurezza ai sensi del d.lgs. 81/2008). Il consulente, infatti, per definizione non gestisce direttamente un'attività a rischio, ma affianca nella gestione alcune funzioni aziendali, mettendo a disposizione il proprio *know how* nella ricerca di soluzioni a determinate problematiche; lo stesso non sarebbe inquadrabile nella categoria di “funzione aziendale”, né in quella di “apicale” o “sottoposto”¹³¹.

Con specifico riferimento al consulente che abbia redatto il Modello organizzativo, c'è chi sconsiglierebbe di perseguire tale strada, ritenendo che lo stesso possa risultare non sufficientemente imparziale nel valutare un prodotto di propria derivazione; a tale impostazione si potrebbe obiettare che, in realtà, avendo tale soggetto partecipato alla fase di *risk assessment* e conoscendo la realtà societaria nelle sue pieghe più profonde, sia la persona più idonea a svolgere il relativo ruolo di monitoraggio. Oltre a ciò si consideri che, rientrando tra i compiti dell'OdV (cfr. *infra* par 3.4.1.) anche quello di interpretare il Modello in caso di dubbi o ambiguità circa la sua applicazione, non potrebbe esservi soggetto più idoneo di colui che ha contribuito a realizzarlo. D'altronde, ove si portasse alle estreme conseguenze il ragionamento di cui sopra, improntato alla rigida scissione tra componente OdV/consulente incaricato di redigere il MOG, si dovrebbe allora vivere costantemente nel timore che qualsiasi figura esterna sia in realtà incentivata “*ad esprimere soltanto giudizi negativi sulla documentazione esistente per poter così acquisire, o far acquisire a terzi, ulteriori incarichi*”¹³².

Per quanto riguarda, infine, l'avvocato che presti (o abbia prestato) assistenza in giudizio o servizi di consulenza giuridica a vantaggio dell'ente, la bussola per orientare la scelta è

¹³⁰ D'ALTERIO D., LAROUSSE A., *Il componente interno dell'organismo di vigilanza nella prospettiva aziendalistica*, in *AODV231*, 4.02.2017.

¹³¹ BORTOLOTTO M., CORINO V., *Organismo di vigilanza e conflitto di interessi*, in *Resp amm. soc. enti*, 1/2018, p. 173.

¹³² *Ivi*, p. 174.

costituita dall'art. 24 del Codice Deontologico¹³³, in virtù del quale il professionista sarà tenuto a valutare attentamente i rapporti con la società cliente. In proposito, si ritiene pacificamente che l'avvocato che sia anche componente dell'OdV di una società sottoposto ad un procedimento *ex d.lgs. 231/2001* non possa in alcun caso assumerne la difesa¹³⁴.

Alcuni spunti giurisprudenziali

Pare interessante, proprio in ragione di quanto sopra, passare in rassegna alcune pronunce al fine di comprendere il generale atteggiamento della giurisprudenza e trarne così utili direttive per poter orientare le decisioni delle aziende in tal senso.

Una delle prime sentenze in materia ha censurato la scelta di nominare quale componente un ingegnere *“responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale società operativa”*. Tale giudizio si è fondato sulla considerazione secondo cui *“al fine di garantire efficienza e funzionalità all'Organismo di controllo, quest'ultimo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un Organismo di Vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, da individuare eventualmente, ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni (...)”*¹³⁵.

Inoltre, non è stato ritenuto indipendente il soggetto che ricopriva cumulativamente la carica di componente dell'OdV della *holding* sottoposto a procedimento e quella di membro del CdA di una delle società controllate dalla prima. In proposito, si è infatti sottolineata la *“perplexità”* che un membro dell'OdV della capogruppo, *“titolare di un potere di controllo sulle prestazioni di servizio effettuate dalla medesima in favore delle*

¹³³ Art. 24 Cod. Deontologico Forense: *“1. L'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale. 2. L'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale. 3. Il conflitto di interessi sussiste anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un'altra parte assistita o cliente, l'adempimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento del nuovo incarico”*.

¹³⁴ BORTOLOTTO M., CORINO V., *Organismo di vigilanza e conflitto di interessi*, cit., p. 174.

¹³⁵ Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.; cfr. anche ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 209.

società appartenenti al gruppo” ricoprisse “*all’interno delle società controllate la carica di membro del Consiglio di Amministrazione*”¹³⁶.

Ancora, e più di recente, sempre nell’ambito di gruppi societari, si è affermato che “*non può ritenersi idoneo ad esimere la società da responsabilità amministrativa da reato, il Modello organizzativo che prevede la istituzione di un Organismo di Vigilanza sul funzionamento e sulla osservanza delle prescrizioni adottate non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato*”¹³⁷. In tale caso, il presidente dell’OdV era anche consigliere d’amministrazione della società controllata, che aveva in comune con la *holding* gli amministratori di diritto e di fatto; quanto agli altri due componenti dell’organo, si trattava del commercialista di fiducia di uno degli amministratori e di un dirigente della *holding* stessa.

Da ultimo, con riferimento ai referenti *ex d.lgs. 81/2008*, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, proprio in un – tristemente – noto caso di infortunio mortale sul lavoro, si è espressa negativamente censurando la sovrapposizione tra controllore e controllato nel caso di componente OdV che ricopriva anche il ruolo di responsabile in tale ambito e che quindi, di fatto, si trovava ad essere controllore di sé stesso¹³⁸.

Conclusioni

In definitiva, occorre sempre tenere a mente che la disciplina di cui al d.lgs. 231/2001 rappresenta un terreno dove, stante la laconicità del legislatore, regnano sovrani i criteri di “*prudenza, correttezza professionale ed opportunità, ma non certo di divieto assoluto*”¹³⁹ e che a questi criteri, che lo si voglia o no, non resta che affidarsi.

Tuttavia, già alla luce dei pochi precedenti giurisprudenziali sopra menzionati, è possibile trarre alcune importanti conclusioni circa la preferenza per una composizione dell’OdV rappresentata da soggetti esterni all’ente o interni che, comunque, non partecipino in alcun modo alle decisioni del *top management*.

¹³⁶ Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.; CARDIA M., *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del G.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, p. 167.

¹³⁷ Cass. Pen., Sez. II, 27.9.2016, n. 52316, in *www.dejure.it*. La pronuncia si colloca nell’ambito del noto caso “*Ilva-Riva Fire/Simest*”.

¹³⁸ Cass. Pen., SS.UU., 24.4.2014, n. 38343, in *www.dejure.it*.

¹³⁹ BORTOLOTTO M., CORINO V., *Organismo di vigilanza e conflitto di interessi*, cit., p. 175.

Si sottolinea come, in caso di verifiche svolte su aree sensibili di appannaggio di un referente interno o di un consulente che sia anche componente dell'OdV, le norme sul conflitto di interessi, auspicabilmente contenute nel Regolamento di funzionamento dell'OdV (sul punto v. *infra*, cap. II, par. 1), potrebbero rappresentare una soluzione; inoltre, la composizione plurisoggettiva consentirebbe di contenere eventuali spinte connotate da una certa parzialità, dovendo le decisioni essere assunte secondo un meccanismo collegiale. Tutto ciò ovviamente sarebbe valido nell'iperuranio; nella pratica, infatti, le scelte sono rimesse alla discrezionalità e al buon senso dei singoli individui, non sempre in grado di fornire garanzie di imparzialità di giudizio e indipendenza. Infatti, non può non sfuggire come lo stretto legame con l'organo o la funzione di riferimento, magari consolidatosi in anni di collaborazione, sia idoneo a indebolire il ruolo di vigilanza, se non addirittura porre il consulente in una posizione 'compiacente' rispetto ai vertici societari, che gli hanno conferito l'incarico, e il referente interno in una situazione 'scomoda' rispetto ai propri colleghi e/o superiori gerarchici. Nonostante le considerazioni di cui sopra, la composizione plurisoggettiva, soprattutto in presenza di componenti interni, appare essere l'unica formula consigliabile anche per mettere al riparo l'OdV da possibili censure in ordine all'effettiva indipendenza dello stesso, oltre che per garantire il requisito della professionalità attraverso la compresenza di competenze diverse in capo a più soggetti¹⁴⁰.

3.2.3. La coincidenza tra collegio sindacale e OdV

L'art. 6 d.lgs. 231/2001, così come riformato dalla L. 12.11.2011, n. 183, attraverso l'introduzione di un nuovo comma 4 *bis*, prevede che, con riguardo alle società di capitali il collegio sindacale (per quel che qui rileva¹⁴¹) possa svolgere le funzioni di Organismo di Vigilanza. La novella ha dunque previsto la possibilità di avvalersi di articolazioni organizzative già esistenti all'interno dell'impresa in quelle realtà per le quali è prevista come obbligatoria la costituzione di un "*organo di controllo gestionale e contabile*"; tale soluzione consentirebbe quindi "*la concentrazione delle funzioni di controllo, la*

¹⁴⁰ MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, cit., p. 653.

¹⁴¹ Medesima opzione è prevista per il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione, con riguardo ai sistemi di *governance* societaria alternativi a quello "tradizionale".

*semplificazione della struttura interna delle società e, nella misura maggiore possibile, risparmi di spesa nell'ambito dell'organizzazione societaria*¹⁴². Si noti che, oltre all'attribuzione delle funzioni di OdV al collegio sindacale nella sua interezza, è ormai pacifico che anche solo uno o più sindaci possano entrare a farne parte.

Al fine di meglio comprendere le sinergie e le criticità derivanti da tale sovrapposizione di ruoli, nonché le funzioni che il collegio sindacale è tenuto a svolgere in relazione al Modello di cui al d.lgs. 231/2001, occorre guardare prima di tutto all'art. 2403 cod. civ.¹⁴³, che descrive gli ambiti coperti dall'attività di vigilanza del collegio: l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e il suo concreto funzionamento. La verifica di adeguatezza circa gli assetti societari implica, a titolo esemplificativo, le seguenti attività: valutazione dell'organigramma aziendale e del corretto conferimento di deleghe e procure; *“l'effettivo esercizio della direzione dell'azienda da parte degli amministratori, nonché la presenza di direttive e procedure aziendali, la separazione di differenti funzioni e compiti all'interno della struttura, la definizione dei poteri attribuiti ad ogni singola funzione aziendale”*; *“l'esistenza di un controllo interno*¹⁴⁴. È appena il caso di sottolineare come gli elementi sopra menzionati rientrino tra i *“capisaldi di un valido Modello organizzativo”*¹⁴⁵. Ne deriva che, a prescindere dalla coincidenza dei ruoli, il collegio sindacale comunque non potrebbe *“disinteressarsi”* dell'efficace attuazione del MOG, rientrando quest'ultimo aspetto nell'attività generale di vigilanza sugli assetti societari, cui il collegio sindacale *“è preposto ex lege”*¹⁴⁶.

È evidente come il legislatore abbia offerto un'ampia discrezionalità ai competenti organi degli enti, i quali sono chiamati ad operare valutazioni di opportunità circa la compatibilità dell'attribuzione della carica di OdV all'organo di controllo interno rispetto al grado di complessità dell'organizzazione e la tipologia di aree di operatività aziendale maggiormente sensibili¹⁴⁷.

¹⁴² FANTETTI F.R., *L'organismo di vigilanza ex D. Lgs n. 231/01 e le modifiche introdotte dalla Legge di stabilità 2012*, in *La responsabilità civile*, 5/2012, pp. 370-371.

¹⁴³ VERNERO P., *La funzione dell'o.d.v. svolta da uno o più componenti del collegio sindacale: criteri di nomina, requisiti e modalità di svolgimento dell'incarico*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2018, p. 141.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 142.

¹⁴⁷ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 216.

Venendo ora ai vantaggi di una tale sovrapposizione di ruoli, è palese che i poteri di cui è fornito il collegio, di natura ispettiva, possano rivelarsi particolarmente utili anche nell'ambito della vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del MOG; inoltre secondo alcuni, soprattutto in realtà aziendali medio-piccole, tale soluzione potrebbe evitare, ai fini di una maggiore efficienza, duplicazioni di adempimenti, oltre che garantire costanti flussi informativi¹⁴⁸; secondo altri, invece, il parametro in base al quale orientare la scelta non sarebbe tanto la dimensione dell'impresa, quanto il grado di coincidenza tra le aree di rischio presenti in azienda e le aree istituzionalmente poste sotto la vigilanza dell'organo di controllo interno¹⁴⁹.

Sotto il profilo delle possibili criticità, invece, si rileva come la sovrapposizione controllore/controlato potrebbe portare a cortocircuiti, in relazione a quei reati (societari in *primis*) di cui i sindaci potrebbero essere chiamati a rispondere in prima persona o in concorso con gli amministratori¹⁵⁰ (in merito alla responsabilità penale del collegio sindacale, v. più dettagliatamente *infra* cap. III, par. 3).

Anche alla luce del rischio innanzi esposto, parrebbe preferibile, nonostante la libertà lasciata dal legislatore, che l'OdV sia costituito quale struttura autonoma, al fine di meglio garantire un'attività di vigilanza efficace in chiave di prevenzione dei reati con riguardo a quelle aree sensibili in cui il collegio sindacale potrebbe risultare protagonista di primo piano.

3.3. Le vicende dell'OdV: nomina, durata in carica e revoca

Nell'immediatezza dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, si è creata una discussione intorno alla titolarità del potere di nomina dell'OdV. Secondo un primo orientamento, l'OdV doveva essere nominato secondo le procedure previste per le modifiche statutarie.

¹⁴⁸ VERNERO P., *La funzione dell'o.d.v. svolta da uno o più componenti del collegio sindacale*, cit., p. 144.

¹⁴⁹ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 216. In proposito, gli autori specificano che "l'attribuzione delle funzioni di OdV al collegio sindacale (...) può risultare meno problematica in società operanti nei settori bancari, finanziari ed assicurativi rispetto ad imprese industriali, nelle quali le aree di rischio decampano largamente dagli ambiti direttamente oggetto del controllo dei sindaci e presentano caratteristiche tali da rendere senz'altro preferibile la configurazione dell'OdV come struttura autonoma e distinta, dotata delle competenze professionali sopra richiamate".

¹⁵⁰ VERNERO P., *La funzione dell'o.d.v. svolta da uno o più componenti del collegio sindacale*, cit., p. 144. p. 146.

Un secondo orientamento, invece, affidava all'assemblea tale compito. Infine, un terzo filone di pensiero, poi effettivamente affermatosi nella prassi, tanto che la questione ormai può dirsi risolta, ritiene che la nomina dell'OdV spetti all'organo amministrativo, a cui competerebbe anche il relativo potere di revoca¹⁵¹.

Infatti, l'adozione del Modello, che presuppone la nomina dell'OdV è un atto avente natura "gestoria" e, in quanto tale, rientra tra le competenze dell'organo amministrativo¹⁵².

Nell'ipotesi di coincidenza tra organo di controllo e OdV, occorre ricordare che la nomina del collegio sindacale rappresenta un atto legato alla *governance* e, pertanto, avviene in sede di costituzione della società e, successivamente, ad opera dell'assemblea dei soci; alla luce di ciò, sarebbe quindi preferibile che la nomina del collegio sindacale con funzioni di OdV avvenisse in assemblea¹⁵³.

Per ciò che concerne la durata in carica, la stessa dipende da quanto stabilito nell'atto di nomina e, comunque, è da prediligere la definizione di un periodo di tempo predeterminato¹⁵⁴; nella prassi capita spesso di assistere a mandati triennali (sulla falsariga dei sindaci)¹⁵⁵ e rinnovabili (seppur sia auspicabile la previsione di un limite massimo al rinnovo dei mandati) o, in alternativa, a incarichi coincidenti con la durata dell'organo dirigente.

Quanto alla revoca, sempre in assenza di indicazioni da parte del legislatore, la dottrina maggioritaria, sulla scorta della disciplina relativa al collegio sindacale, ritiene che possa avvenire solo per "giusta causa", dietro decisione dell'organo amministrativo e nelle stesse forme assunte per la nomina (pertanto, se quest'ultima è avvenuta previo parere del collegio sindacale, occorrerà sottoporre anche la revoca al medesimo *iter*)¹⁵⁶. La decadenza dal ruolo di componente dell'OdV dovrebbe verificarsi, per il singolo, con il venir meno dei requisiti di onorabilità e indipendenza; per quanto riguarda l'intero Organismo invece, giusta causa di revoca può essere senz'altro rappresentata da una condanna dell'ente, anche non definitiva, o dall'applicazione di una misura cautelare,

¹⁵¹ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 211.

¹⁵² VERNERO P., *La funzione dell'o.d.v. svolta da uno o più componenti del collegio sindacale*, cit., p. 142.

¹⁵³ *Ivi*, pp. 136 e 142.

¹⁵⁴ MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, cit., p. 654.

¹⁵⁵ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 217.

¹⁵⁶ DE NICOLA A. *Il diritto dei controlli societari*, Giappichelli, 2017, p. 221.

laddove tali provvedimenti pongano l'accento sull'omessa o insufficiente vigilanza dell'OdV; ciò anche al fine di dimostrare all'autorità giudiziaria l'impegno dell'ente a ristabilire la legalità e di evitare l'applicazione di misure interdittive provvisorie¹⁵⁷.

Anche in tale ambito, occorre che gli operatori trovino un equilibrio tra il potere dell'organo amministrativo di rimuovere i componenti che non abbiano assolto nel migliore dei modi alla loro funzione e l'esigenza di garantire che questi ultimi non siano esposti alla costante 'minaccia' di revoca, che potrebbe inficiarne l'indipendenza¹⁵⁸. Tale equilibrio è realizzabile solo attraverso l'inserimento nel Modello di un'apposita e dettagliata disciplina relativa al potere di revoca e alle cause che possono giustificarlo, oltre che ai termini di durata dell'incarico e al possibile numero di rinnovi.

3.4. Il ruolo dell'OdV

La definizione del perimetro di azione dell'Organismo di Vigilanza è essenziale ai fini della terza parte della presente trattazione, incentrata sulla responsabilità. Solo una volta colti i contenuti sostanziali dei compiti e dei poteri connaturati a tale ruolo, infatti, sarà possibile trarre dei corollari in virtù dei quali ipotizzare eventuali forme di responsabilità in capo all'Organismo stesso.

3.4.1. I compiti: la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello; l'aggiornamento del Modello

Un fondamentale punto di riferimento per cogliere l'essenza dell'attività di vigilanza dell'Organismo di cui al d.lgs. 231/2001, è costituito dalle linee guida elaborate in materia di *compliance programs* e di *internal auditing*.

Sotto il primo profilo, il *Guidelines Manual*, emanato dalla *U.S. Sentencing Commission*, specifica quanto segue, a proposito di "*Effective Compliance and Ethics Program*" (par. 8B2.1): "*the organization shall take reasonable steps (A) to ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and*

¹⁵⁷ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 217.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

auditing to detect criminal conduct; (B) to evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program"¹⁵⁹.

Dalla lettura di queste brevi disposizioni, risulta chiara la fonte di ispirazione del legislatore italiano, che ha delineato l'attività di vigilanza di cui all'art. 6 del Decreto come verifica circa l'effettività ("osservanza") e l'efficacia ("funzionamento") del Modello: effettività in termini di rispondenza tra i "*comportamenti aziendali concreti e il Modello predisposto*"¹⁶⁰; l'efficacia, quale idoneità dello stesso a prevenire i reati di cui al Decreto¹⁶¹. L'OdV si pone, dunque, quale "*garante*" del Modello¹⁶².

È evidente pertanto, e qui veniamo al secondo profilo sopra accennato, come i compiti istituzionali dell'Organismo siano limitrofi a quelli dell'*internal auditing*, che si sostanzia nella c.d. *assurance*, ossia l'"*oggettivo esame delle evidenze, allo scopo di ottenere una valutazione indipendente dei processi di gestione del rischio, di controllo o di governance dell'organizzazione*"¹⁶³.

¹⁵⁹ cfr. *Guidelines Manual*, 2018, in <https://www.usssc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>, p. 518.

¹⁶⁰ BARTOLOMUCCI S., *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, IPSOA, 2004, p. 246.

¹⁶¹ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 52.

¹⁶² CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 33.

¹⁶³ GENNARO V., *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2008, p. 178. Appare interessante, a tal proposito, la descrizione delle attività dell'OdV espressa dall'Associazione Italiana *Internal Auditors*, che sottolinea come le stesse "*rientrano tra quelle tipicamente riconducibili alla sfera d'azione ed alle competenze metodologiche dell'organo di internal auditing*"; cfr. *Position Paper d.lgs. 231/2001, Responsabilità amministrativa delle società; Modelli Organizzativi di prevenzione e controllo*, 2001, p. 35: "*dallo schema logico delineato dal decreto legislativo (...), così come confermato dall'autorevole riferimento costituito dalla normativa USA, si desume l'esigenza di svolgere una serie coordinata di attività di analisi, finalizzate a rendere pienamente funzionante, in un percorso dinamico, il modello di salvaguardia (...). Tali compiti di analisi possono essere così classificati: vigilanza sull'effettività del Modello: sostanzia la verifica sulla coerenza tra comportamenti concreti e Modello generale, esistente 'sulla carta'; disamina in merito all'adeguatezza del Modello, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti. E' caratteristica propria, ad esempio, di un Modello solido, valutabile alla stregua di una seria costruzione organizzativa (anche in sede giudiziale), la sussistenza di un equilibrato apparato sanzionatorio; analisi circa il mantenimento, nel tempo, dei requisiti di solidità e funzionalità del Modello. Un sistema di prevenzione considerato come valido, in un dato momento storico, può manifestare la necessità di un'analisi critica, che lo renda conforme ai mutamenti ambientali ed, in particolare, idoneo alla prevenzione di fattispecie di rischio di nuova insorgenza; sviluppo del necessario aggiornamento, in senso dinamico, del Modello, ovviamente nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti. Sotto un profilo sistematico risulta evidente come le prime tre attività, sopra descritte, rientrino tra quelle tipicamente riconducibili alla sfera d'azione ed alle competenze metodologiche dell'organo di internal auditing*".

Si tratta quindi di una serie di attività dirette a garantire l'efficace attuazione e l'operatività del Modello, declinabili nelle seguenti “macro-aree”: i) l'analisi sull'effettività; ii) il controllo sull'adeguatezza e l'aggiornamento dello stesso; iii) la formazione¹⁶⁴.

La verifica sull'effettività del MOG

In sintesi, la verifica di effettività riguarda la “coerenza” tra i concreti comportamenti posti in essere dai destinatari del MOG e le prescrizioni in esso contenute. Va da sé che l'OdV debba anche compiere un'analisi circa il “mantenimento”, nel tempo, dei requisiti di “solidità e funzionalità” del Modello stesso¹⁶⁵.

Nell'ambito di tale verifica, l'OdV è tenuto a svolgere, di propria iniziativa, dei controlli programmati o “a sorpresa” diretti ad accertare che i destinatari del MOG si attengano effettivamente a quanto in esso stabilito nonché alle procedure interne dell'azienda, ivi compreso il Codice Etico (a proposito delle concrete modalità di svolgimento di tali verifiche, v. *infra* cap. II). L'indagine potrà coprire, a titolo esemplificativo, i seguenti ambiti¹⁶⁶:

- operazioni rilevanti dal punto di vista economico e di spesa, con particolare attenzione a quelle che vedono coinvolta la Pubblica Amministrazione;
- operazioni di gestione finanziaria e di tesoreria;
- ispezioni e/o accertamenti da parte di pubbliche autorità;
- regolarità formale dei moduli allegati ai protocolli e della documentazione di supporto;
- redazione delle comunicazioni sociali e della documentazione relativa al bilancio;
- antiriciclaggio e sicurezza informatica;
- rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ai sensi del d.lgs. 81/2008 e tenuta generale del sistema di prevenzione elaborato dalla società;
- interpretazione del Modello e del Codice Etico.

¹⁶⁴ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 298; Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ex d.lgs. 231/2001*, p. 56; CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., pp. 32-33.

¹⁶⁵ Confindustria, *Linee Guida*, p. 56.

¹⁶⁶ *Ibidem*; ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 194; RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'organismo di vigilanza*, in *Resp amm. soc. enti*, 3/2010, p. 34.

Come riflesso di quanto sopra esposto, l'OdV avrà il compito di segnalare tempestivamente all'organo amministrativo eventuali violazioni del Modello che possano comportare il riconoscimento di una responsabilità in capo alla società ai sensi del d.lgs. 231/2001, segnalando altresì l'opportunità di attivare un procedimento disciplinare con conseguente applicazione di sanzioni nei confronti degli autori degli illeciti; da ciò deriva anche il compito di valutare l'adeguatezza del relativo sistema disciplinare in uso presso la società¹⁶⁷.

Al fine di evitare addebiti di responsabilità per l'ente, è essenziale che l'OdV non si ponga in posizione "passiva" e che non tenga un *modus operandi* meramente "burocratico", ripiegandosi sull'operato di altre funzioni o organi societari (quali ad esempio, l'*internal audit* o il collegio sindacale), senza mai condurre verifiche di propria autonoma iniziativa e/o non programmate¹⁶⁸. Nonostante tale affermazione, si ritiene che non debba guardarsi con eccessiva diffidenza al "controllo di secondo grado" o presso le "istanze inferiori", volto alla verifica del "corretto svolgimento delle procedure e della compliance aziendale e l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parte integrante"¹⁶⁹. La peculiarità di tale tipo di controllo risiede nel fatto di essere attuato compulsando altre funzioni o organi per ottenere determinate informazioni¹⁷⁰: per fare in modo che il principio di affidamento – mal riposto – possa rendere fragile il Modello, è opportuno che, qualora l'OdV si avvalga di tali metodologie, sottoponga periodicamente a test di affidabilità i flussi informativi pervenuti da altri soggetti.

Anche la giurisprudenza, tra l'altro, si è espressa positivamente sul punto, seppur in materia di delega di funzioni nell'ambito della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ammettendo un controllo di alta vigilanza (o di secondo grado) sulla correttezza della "complessiva gestione del rischio" da parte dei controllori di "primo livello"¹⁷¹.

¹⁶⁷ BRAMIERI M., BAGAGLIA D., FIRMANI A., MIFSUD A., in *La Responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, Egea, 2008, p. 452.

¹⁶⁸ PIERGALLINI C., BASTIA P., *Perizia collegiale disposta dal GIP presso il Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale n. 4559/09*, Firenze, 2011, p. 285.

¹⁶⁹ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 32.

¹⁷⁰ MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, cit., p. 654.

¹⁷¹ cfr. Cass. Pen., 19.3.2012, n. 10702, in www.dejure.it.

A parere di chi scrive, tale principio può certo valere con riferimento all'OdV, salvo che nelle ipotesi in cui lo stesso riceva informazioni specifiche o constati anomalie tali da rendere doveroso un controllo diretto¹⁷².

La verifica sull'adeguatezza e sull'aggiornamento del MOG

L'adeguatezza concerne la reale capacità del Modello di prevenire i comportamenti non voluti, ossia quelli non rispettosi della legge o delle *policies* interne. L'OdV, fin dal suo insediamento, è tenuto a verificare tale requisito, analizzandone i contenuti, così come originariamente predisposti (dai redattori materiali del MOG stesso), onde accertarne l'effettiva idoneità in chiave preventiva dei reati.

La verifica sull'aggiornamento del MOG, strettamente collegata alla prima, implica un'osservazione dinamica¹⁷³ nel tempo volta a individuare i correttivi e gli adeguamenti resisi necessari, oltre che in ragione di eventuali originarie carenze, anche a seguito di significative violazioni del Modello, di novelle legislative rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2011 nonché delle modifiche organizzative della struttura interna della Società stessa o della sua operatività, o ancora, alla luce di prassi in uso all'interno della Società che si distanzino dalle *policies* scritte.

Al proposito, si sottolinea innanzitutto come sia il Decreto stesso, all'art. 7 co. 4 lett. a), a precisare che le modifiche del Modello debbano avere luogo in caso di “*significant violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività*”. Per “*violazioni*”, da una parte, non devono intendersi unicamente la commissione di reati, essendo sufficiente qualsiasi comportamento in contrasto con le regole sancite dal Modello. Per “*significant*”, dall'altra, ci si riferisce a quelle infrazioni per le quali non basta applicare sanzioni disciplinari nei confronti dell'autore, ma a quelle rilevanti, che rendano necessario, ai fini di una maggiore effettività del Modello, integrare o modificare le regole ivi contenute in modo da renderle fruibili da parte di tutti i destinatari¹⁷⁴.

Quanto ai “*mutamenti nell'organizzazione o nell'attività*”, si tratta di quei cambiamenti che comportino un ampliamento delle aree sensibili, esposte al rischio di commissione di

¹⁷² ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 194.

¹⁷³ Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 56.

¹⁷⁴ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 200.

reati. A titolo esemplificativo, ciò può accadere nei seguenti casi: apertura di nuove aree di *business* (nuovo prodotto, ecc.); acquisizione di un'azienda; modifica dell'oggetto sociale; quotazione nei mercati regolamentati. Specularmente, la cessazione di alcune attività o la cessione di un ramo d'azienda potrebbe comunque rendere consigliabile l'aggiornamento del MOG, attraverso l'eliminazione di aree sensibili non più attuali.

Per ciò che concerne, infine, le novelle legislative o i mutamenti degli orientamenti giurisprudenziali, a parere di chi scrive occorrerà prenderli in considerazione in ogni caso, salvo poi rifletterli nel Modello solo laddove concretamente rilevanti rispetto all'operatività societaria.

In conclusione, l'attività di aggiornamento si esplica, in primo luogo, nella presentazione all'organo amministrativo di proposte di modifica del Modello onde elidere le carenze nello stesso riscontrate in relazione alle varie vicende sopra illustrate; in secondo luogo, nella verifica in *follow-up* dell'effettiva attuazione, da parte dei vertici societari, dei suggerimenti proposti¹⁷⁵. All'OdV, quindi, spetta solo un potere propositivo, mentre sugli organi amministrativi grava la responsabilità di far apportare (da parte dei consulenti all'uopo incaricati) le necessarie modifiche¹⁷⁶, così come accade in sede di adozione del Modello che, lo ricordiamo, è atto gestorio di appannaggio dei vertici societari.

La formazione

Sono strumentali a garantire l'effettività ed efficacia del Modello, le attività di comunicazione e formazione rivolte ai destinatari dello stesso (*top managers*, dipendenti, agenti, ecc.), attraverso l'erogazione di *training* aventi ad oggetto le materie sottese al Decreto nonché i contenuti del Modello e del Codice Etico adottato dalla società¹⁷⁷. A tal riguardo, l'Organismo è tenuto a monitorare le iniziative poste in essere dai vertici societari e, ove gli stessi dovessero risultare inerti o carenti in tal senso, a farsi carico in prima persona dell'opera di sensibilizzazione, coordinandosi con le funzioni competenti (HR, ecc.) al fine di organizzare corsi appositi, dallo stesso presieduti.

¹⁷⁵ BRAMIERI M., BAGAGLIA D., FIRMANI A., MIFSUD A., in *La Responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, cit., p. 438.

¹⁷⁶ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 199.

¹⁷⁷ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 52.

3.4.2. I flussi informativi da e verso l'OdV

Il Decreto stabilisce degli obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza (art. 6 co. 2 lett. d). Perché lo stesso, infatti, possa adempiere ai propri compiti di controllo e risulti realmente operativo, è essenziale che sia “*costantemente informato di quanto si verifica in azienda*”¹⁷⁸ e che disponga, quindi, di un'adeguata “*piattaforma cognitiva*”¹⁷⁹. Infatti, solo grazie ad un'efficace disciplina dei flussi informativi vero l'Organismo è possibile ovviare ad anomalie e criticità insite nel Modello, adottando i necessari provvedimenti, anche sanzionatori (si precisa come la stessa violazione degli obblighi di informazione debba essere sanzionata disciplinarmente).

I “*flussi informativi*” devono provenire dai destinatari del Modello ad una cadenza che può essere, a seconda delle evenienze, periodica o ‘spot’.

I flussi ‘spot’ intervengono al verificarsi di particolari eventi che rendano necessario informare tempestivamente l'Organismo e riguardano, *in primis*, violazioni sospette o accertate di infrazioni al Modello e, in generale, la commissione, anche sospetta, di reati presupposto (in tal caso ci si riferisce più propriamente alla nozione di “segnalazioni”). Inoltre, tale tipologia di flussi investe senz'altro eventuali procedimenti avviati dalla Magistratura in relazione a reati previsti dal Decreto, le relative richieste di assistenza legale avanzate da dipendenti, gli esiti di indagini interne dalle quali sono emerse violazioni del MOG, nonché l'avvio di eventuali procedimenti disciplinari a carico di dipendenti¹⁸⁰.

I flussi periodici, invece, originano dai referenti aziendali deputati a gestire le aree maggiormente sensibili indicate nel Modello e sono incentrati proprio sull'evoluzione di tali aree e sui relativi presidi di controllo¹⁸¹ (le c.d. informazioni). Si sostanziano, pertanto, nelle risultanze delle attività di controllo condotte dalle varie funzioni per dare attuazione ai protocolli aziendali e nella trasmissione di “*report riepilogativi dell'attività svolta*” e “*indici consuntivi*”¹⁸² (ciò soprattutto nelle realtà strutturate e rette da un sistema

¹⁷⁸ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 56.

¹⁷⁹ BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit. p. 157.

¹⁸⁰ GAREGNANI G. M., *La rilevanza dei flussi informativi nei modelli organizzativi ai sensi del D. Lgs n. 231/01*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2/2009, p. 321.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 321.

¹⁸² Confindustria, *Linee Guida*, cit., p. 70; BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 158.

articolato di *policies* interne). Gli stessi, peraltro, possono avere l'utilità di andare a integrare le risultanze ottenute nell'ambito delle verifiche condotte su iniziativa dell'OdV stesso. A titolo esemplificativo, tra le informazioni che possono rivestire un qualche interesse per l'OdV, rientrano le seguenti: “*elenco delle gare pubbliche di cui la società è risultata aggiudicataria, contratti stipulati con fornitori/consulenti, di importo pari o superiore a soglie predefinite, esiti/verbali delle verifiche ispettive eventualmente condotte da Enti Pubblici, Pubbliche Amministrazioni e Autorità Pubbliche di Vigilanza, eventuali assunzioni di soggetti legati a esponenti della Pubblica Amministrazione*”¹⁸³.

Partendo dal presupposto, sopra evidenziato, che l'OdV non detiene poteri gestori e/o operativi e sanzionatori connessi a eventuali accertate violazioni del Modello, occorre che siano predisposti anche flussi informativi all'inverso, diretti dall'OdV stesso all'organo amministrativo, perché quest'ultimo possa assumere le necessarie e conseguenti determinazioni.

L'attività c.d. di *reporting* dell'OdV (v. più nel dettaglio cap. II, par. 5.1.) assume quindi un ruolo fondamentale e deve anch'essa avere cadenza periodica o immediata¹⁸⁴. La prima riveste una funzione riepilogativa dell'attività posta in essere nel periodo di riferimento e deve essere condivisa oltre che con il vertice societario anche con l'organo di controllo interno, ove esistente. La seconda presenta carattere d'urgenza ed è legata a situazioni straordinarie, quali la ricezione, da parte dell'OdV stesso, di segnalazioni relative all'infrazione del Modello o alla commissione di condotte penalmente rilevanti, oltre che la necessità di aggiornare tempestivamente il MOG alla luce di una novella legislativa avente impatto sull'operatività societaria.

3.4.3. *La nuova disciplina del c.d. whistleblowing*

A titolo di maggiore completezza occorre tenere a mente che la Legge 30 novembre 2017, n. 179, inserendo all'art. 6 i commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, ha disciplinato formalmente i flussi informativi e la tutela riservata all'autore della segnalazione, introducendo di fatto

¹⁸³ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 38.

¹⁸⁴ BRAMIERI M., BAGAGLIA D., FIRMANI A., MIFSUD A., in *La Responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, cit., p. 454; cfr. anche CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 38.

un nuovo elemento per poter giudicare come efficacemente attuato un Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001. Nello specifico, tale disciplina detta l'obbligo di implementare: a) uno o più canali che consentano di veicolare segnalazioni circostanziate di condotte illecite rilevanti ai sensi del Decreto o di violazioni del Modello e che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire tale riservatezza attraverso strumenti informatici; c) il divieto di atti ritorsivi o discriminatori (c.d. *retaliation*) in danno del segnalante; d) un sistema disciplinare che preveda apposite sanzioni nei confronti di chi viola le misure a tutela del segnalante o, al contrario, di chi effettua segnalazioni, con dolo o colpa grave, che poi si rivelino infondate.

Non può non rilevarsi come, ben prima dell'entrata in vigore delle norme sopra citate, fosse già possibile ricondurre lo strumento del *whistleblowing* alla disciplina dei flussi informativi, a sua volta contenuta nell'art. 6 co. 2 lett. d) del Decreto.

Benché la nuova disciplina non chiarisca espressamente chi siano i destinatari di tali segnalazioni, “è lecito ipotizzare che debba essere coinvolto, ancorché non necessariamente in via esclusiva, l'OdV”¹⁸⁵; ciò, in primo luogo, perché l'OdV è, per definizione, il soggetto deputato a ricevere flussi informativi nell'ambito della disciplina 231¹⁸⁶ e, in secondo luogo, per fare in modo che le segnalazioni non pervengano a soggetti posti in posizione di superiorità gerarchica e/o dipendenza funzionale rispetto al segnalante o al presunto autore della violazione¹⁸⁷. Al fine di un'analisi della questione il più puntuale possibile, occorre tuttavia porsi nell'ottica di un potenziale conflitto di interessi e nella situazione – estrema – in cui la segnalazione riguardi una qualche condotta illecita e/o irrispettosa delle prescrizioni del MOG commessa proprio dall'OdV o da uno dei suoi componenti. È allora evidente come risulti consigliabile individuare un altro destinatario delle segnalazioni, che potrebbe coincidere con una (o più) delle seguenti figure: il collegio sindacale o il sindaco unico, il responsabile della funzione *internal audit* o *compliance*, un professionista esterno¹⁸⁸ oltre che, a parere di chi scrive, anche la funzione HR se non addirittura il vertice aziendale (soprattutto nelle imprese di piccola dimensione e poco articolate). Tuttavia, in situazioni non ‘estreme’, qualora si

¹⁸⁵ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 39.

¹⁸⁶ AODV231-Orrick, *Position Paper, Il Whistleblowing*, 18 luglio 2019, in www.aodv231.it, p. 66.

¹⁸⁷ Confindustria, *La disciplina in materia di whistleblowing*, in www.confindustria.it, p. 7.

¹⁸⁸ AODV231-Orrick, *Position Paper*, cit., p. 65.

affiancasse all'OdV anche una o più funzioni interne all'ente, non potrà non prevedersi il coinvolgimento, fin dal momento della ricezione della segnalazione, anche del primo che, come detto, è l'organo istituzionalmente competente per vigilare sull'osservanza dei Modelli.

Inoltre, sempre dal punto di vista di chi scrive, seppur non espressamente indicato dal novellato art. 6, occorre tenere in considerazione quelle ipotesi in cui appaia opportuno segnalare condotte non rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 o violazioni di altre *policies* interne che non siano parte integrante del MOG: non può non sfuggire come, nella pratica, il dipendente possa spesso trovarsi nella situazione di rilevare una qualche anomalia rispetto ai protocolli aziendali e come non sia sempre agevole per lo stesso operare una 'scrematura' tra illeciti/violazioni strettamente rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 o illeciti/violazioni non rilevanti in tal senso; inoltre, non potrebbe escludersi a priori che la presenza di un componente interno nell'OdV, con il quale il segnalante abbia un qualche rapporto di dipendenza funzionale e/o formale, costituisca un pericolo per l'esigenza di riservatezza normativamente richiesta.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, potrebbe valer la pena, per la società, elaborare un'unica procedura omnicomprensiva e integrata con le nuove norme sul *whistleblowing* e con quelle pre-esistenti elaborate nella prassi dei Modelli organizzativi, che individui più soggetti "alternativi" o "destinatari di garanzia" potenzialmente destinatari delle segnalazioni¹⁸⁹.

¹⁸⁹ cfr. Transparency International Italia, *Linee Guida per la predisposizione di procedure in materia di whistleblowing*, in www.transparency.it, p. 13. Più nel dettaglio, le citate Linee Guida chiariscono che: "Le Procedure devono specificare a quale soggetto/ organo vanno indirizzate le segnalazioni. In particolare, a seconda delle dimensioni dell'organizzazione possono essere individuati: il responsabile della funzione compliance; il responsabile della funzione di internal audit; un comitato rappresentato da soggetti appartenenti a varie funzioni (ad esempio legale, internal audit o compliance, finanziaria); un soggetto specifico dedicato; il datore di lavoro nelle PMI; enti o soggetti esterni dotati di comprovata professionalità che si occupino di gestire la prima fase di ricezione delle segnalazioni in condivisione con l'organizzazione. Oltre ad indicare chiaramente un soggetto/organo deputato a ricevere le segnalazioni è bene che le Procedure prevedano anche la possibilità di invio della segnalazione a soggetti alternativi (detti anche "destinatari di garanzia"), quali possono essere, ad esempio, le altre funzioni sopra indicate quali destinatari preferenziali della segnalazione. La creazione dei destinatari di garanzia, infatti, ha la funzione di assicurare il più possibile che la segnalazione non sia inoltrata ad un soggetto: gerarchicamente o funzionalmente subordinato all'eventuale segnalato; che sia il presunto responsabile della violazione; che abbia un potenziale interesse correlato alla segnalazione tale da comprometterne l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio. È consigliabile, inoltre, che le Procedure individuino nel diretto superiore del segnalante un possibile elemento di raccordo tra lo stesso segnalante e l'organismo preposto a ricevere la segnalazione, ciò nel caso in cui il segnalante si

È indubbio che una tale soluzione offrirebbe al segnalante un margine di scelta più ampio tale da non farlo desistere, assicurando così che la segnalazione, in un modo o nell'altro, giunga ad un soggetto in grado di gestirla e di darvi seguito.

3.4.4. I poteri

Perché l'OdV possa esplicare i suoi compiti, oltre a dove essere destinatario di appositi flussi informativi, deve disporre di tutti i poteri necessari per garantire una costante ed efficace vigilanza sul funzionamento del MOG¹⁹⁰.

Lo stesso, in generale, deve avere *“accesso senza limiti e condizioni a tutte le informazioni aziendali rilevanti al fine della sua attività o, più in generale, a tutte le informazioni aziendali”*¹⁹¹. Più nello specifico, perché ciò accada, è necessario che l'OdV sia messo nelle condizioni di colloquiare con qualsiasi struttura o funzione aziendale, *“senza vincoli di subordinazione gerarchica che possano limitarne la sfera di operatività e/o condizionarne l'autonomia di giudizio”* e con libero accesso a qualsiasi tipo di documentazione che dovesse ritenere opportuna¹⁹².

L'attività dell'OdV si inquadra in una *“cornice di mera sorveglianza”*, il cui *“aspetto qualificante è da intravedere nella esclusività di azione”*: l'Organismo, dunque, svolge in via continuata ed esclusiva solo la funzione di sorveglianza assegnatagli, *“rimanendo ad esso estraneo un potere operativo-impeditivo sul piano gestionale”*; ne deriva che anche qualora l'OdV venisse a conoscenza di situazioni a rischio-reato, non avrebbe il potere di sostituirsi ai soggetti apicali, dovendo soltanto riferire agli stessi affinché prendano gli opportuni provvedimenti inibitori e/o sanzionatori¹⁹³. L'OdV, inoltre non interviene nella

sentisse più a suo agio a riferire al diretto superiore. In tal caso, si suggerisce che sia lo stesso diretto superiore ad informare della segnalazione il soggetto preposto alla ricezione. Da ultimo, è opportuno che le Procedure specifichino chiaramente come l'Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001 rappresenti il destinatario dedicato delle segnalazioni che riguardano la violazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo”.

¹⁹⁰ MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 55.

¹⁹¹ BRAMIERI M., BAGAGLIA D., FIRMANI A., MIFSUD A., in *La Responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, cit., p. 444.

¹⁹² MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 55. In proposito, così come d'altronde osservato dall'autore, va da sé che tutte le informazioni acquisite dall'OdV debbano essere trattate nel rispetto della normativa in materia di dati personali e, qualora si tratti di informazioni privilegiate, della disciplina dettata dal TUF e dalle procedure aziendali in tema di *market abuse*.

¹⁹³ BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 155.

definizione o modifica di procedure, deleghe o poteri all'interno dell'azienda, ben potendo piuttosto essere chiamato da altre funzioni a rendere un parere, peraltro né obbligatorio né vincolante¹⁹⁴.

Si deve concludere che i poteri dell'OdV si configurano unicamente quali poteri "propositivi, consultivi, istruttori e di impulso"¹⁹⁵ nonché di "iniziativa, controllo e di informazione"¹⁹⁶. Secondo l'impostazione prevalente, quindi, esulano dalla natura di tale Organismo "poteri di intervento impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti e poteri disciplinari e sanzionatori diretti" tali da presupporre "l'esercizio di un'autorità o di una signoria sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa"¹⁹⁷.

Detto ciò, ci si ricordi in ogni caso che l'OdV non deve essere "concepito come un'entità statica e relegata ad un ruolo meramente passivo, di spettatore delle vicende aziendali, ma viceversa ne fa un soggetto attivo e propositivo, che non può svolgere la sua attività di controllo in maniera eminentemente 'burocratica', ma deve elaborare una linea strategica di intervento (autonoma rispetto a quella degli altri organi lato sensu di sorveglianza, quali possono essere, ad esempio, il Collegio sindacale o l'internal audit) adeguata alla realtà aziendale"¹⁹⁸.

3.5. La posizione dell'OdV nel sistema dei controlli interni

Il sistema di controllo interno, base di qualsiasi sistema organizzativo, è definibile come "insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione, e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati"¹⁹⁹.

¹⁹⁴ DE NICOLA A., *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Giappichelli, 2015, p. 102.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ MAGLIA S., DI GIROLAMO A., *Poteri e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 231.

¹⁹⁷ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 1/2007, p. 185.

¹⁹⁸ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 145.

¹⁹⁹ SIMONINI G., *L'organismo di vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 1/2016, p. 95. Come sottolineato dallo stesso autore, tra l'altro, le regole del

Nelle realtà più complesse tale sistema, si articola in diverse funzioni: la revisione (*internal audit*); la conformità (*compliance*); la valutazione dei rischi (*risk management*); la funzione controllo, seppur separata dall'amministrazione e dalla gestione operativa dell'ente, è di supporto per la stessa: gli amministratori, infatti, sono tenuti ad agire in modo informato, a delineare un'organizzazione adeguata e un sistema di controllo efficace²⁰⁰.

Le funzioni di *risk management* e di conformità, controllo c.d. di "secondo livello", operano parallelamente, la prima sul piano dell'individuazione e valutazione dei rischi cui è esposto in concreto l'ente, la seconda sotto il profilo normativo e regolamentare: "crea le norme", controllando "ex ante la conformità dei comportamenti alle medesime"; la funzione di revisione, controllo c.d. di "terzo livello", interviene a posteriori ed effettua verifiche "sull'operatività gestionale, sulla adeguatezza dei processi di controllo e sulla capacità di questi processi di individuare errori e correggerli (follow-up)"²⁰¹: in altre parole, valuta "l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità dei sistemi di controllo e delle regole e strutture già predisposte". Al c.d. "primo livello", invece, è presente "l'autocontrollo o controllo in linea", che è quello avente ad oggetto i processi operativi e che è attuato direttamente dai *managers* al fine di "assicurare il corretto svolgimento delle operazioni gestorie"²⁰².

In un tale scenario di fondo, risulta utile definire l'area di intervento propria dell'Organismo di Vigilanza, onde ridurre al minimo sovrapposizioni rispetto ad altri organi e uffici societari: in particolare, con il *risk management*, con riguardo alla valutazione dei rischi, l'*internal audit*, sotto il profilo del controllo postumo sull'adeguatezza dei processi e con la *compliance*, per ciò che concerne la valutazione circa l'inserimento, l'eliminazione o la modifica di norme comportamentali e presidi specifici contenuti nel MOG. Proprio alla luce di quanto appena detto, potrebbe ritenersi che l'OdV svolga un controllo sia di "secondo" che di "terzo" livello.

sistema di controllo interno non sono reperibili nelle norme di diritto comune, bensì nelle norme speciali, anche di diritto internazionale, e nei principi contabili internazionali: Circolari Banca d'Italia 3 aprile 2015, n. 288 e 27 dicembre 2006, n. 263; Regolamento n. 1606/2003/CE e Regolamento n. 1725/03/CE; principi IAS-IFRS. In Italia, un importante riferimento è costituito altresì dal Codice di autodisciplina delle società quotate.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ivi*, pp. 99-101.

²⁰² LATELLA D., *Sistema dei controlli interni e organizzazione della società per azioni*, Giappichelli, 2018, p. 135.

Proprio per le esigenze innanzi menzionate di evitare sovrapposizioni e duplicazioni di attività, è opportuno che la vigilanza dell'OdV sia sempre limitata al Modello e alla prevenzione dei "reati 231" e non può espandersi al punto da ricoprire tutti i rischi presenti in azienda²⁰³.

La dottrina si è chiesta se qualificare l'Organismo di vigilanza quale vero e proprio "organo" societario o, piuttosto, come "ufficio" o "funzione" dell'ente.

Dalla risposta a tale dubbio discenderebbero diverse conclusioni circa le sue funzioni e la sua collocazione all'interno dell'organizzazione rispetto ad altri organi e funzioni, nonché con riguardo alle relative responsabilità. Nella prima ipotesi, infatti, l'OdV dovrebbe essere considerato idoneo ad assolvere a funzioni di garanzia e tutela della società, con relativi obblighi, analogamente a quanto si verifica per il Collegio Sindacale; ove si aderisse invece alla seconda tesi, lo stesso risulterebbe essere il frutto di una valutazione di opportunità dell'organo dirigente circa l'impianto organizzativo interno da attribuire all'impresa.

La posizione maggioritaria si è attestata sul secondo filone di pensiero, definendo l'OdV quale ufficio²⁰⁴, inserito nell'ambito del sistema di controllo interno, a sua volta rientrante in quell'unitario sistema di processi finalizzati a monitorare e ridurre i rischi aziendali, che prende il nome di "controllo di gestione"²⁰⁵.

Diversi sono gli appigli sistematici su cui fanno leva i fautori di tale impostazione²⁰⁶: oltre al principio di "tipicità degli organi societari", vi è chi punta l'attenzione sulla considerazione che il ruolo dell'OdV si ricollegerebbe non tanto all'organizzazione della società quanto al funzionamento dell'impresa e che, essendo il MOG non un obbligo ma semmai un onere per l'ente, la creazione dell'OdV sarebbe "opzionale".

Peraltro, su tale tematica anche la giurisprudenza ha avuto modo di soffermarsi, *incidenter tantum*, affermando come sia "evidente che l'organismo di vigilanza costituisce un soggetto necessariamente indipendente dalla società della cui vigilanza è

²⁰³ SIMONINI G., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 113.

²⁰⁴ C'è anche chi ha definito l'OdV come "funzione", "essendo destinatario di norme finalizzate ad una fase aziendale, operativamente demandate ad una struttura organizzata". In tal senso, cfr. SIMONINI G., *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 111.

²⁰⁵ *Ivi*, p. 183; nello stesso senso, cfr. anche SANTORIELLO C., *Ampliamento del catalogo dei reati-presupposto della persona giuridica e conseguenze in termini di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2012, p. 128.

²⁰⁶ DE NICOLA A., *L'organismo di vigilanza 231*, cit., pp. 16-17.

*incaricato, e ciò deve reputarsi sufficiente per negare che lo stesso possa avere natura di organo sociale*²⁰⁷.

Quale che sia l'argomentazione di partenza utilizzata per sostenere tale assunto, il risultato nella sostanza non cambia e converge verso un'unica conclusione, ossia la qualificazione dell'Organismo di Vigilanza quale "ufficio".

Tale conclusione è da condividere anche dal punto di vista di chi scrive. Infatti, l'OdV non è altro che il riflesso di una scelta operata dall'organo amministrativo nell'ottica di implementare un efficace sistema organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001. In proposito c'è chi ha parlato di posizione "*di staff*"²⁰⁸ rispetto al vertice societario, fatti salvi ovviamente i necessari requisiti di indipendenza. L'attività di vigilanza dell'OdV sul Modello, dunque, si tradurrebbe in un supporto a quest'ultimo proprio in ottica di prevenzione dei reati: tale ruolo di supporto e di *staff* è a maggior ragione comprensibile, ove si consideri che l'organo dirigente ben potrebbe discostarsi dai suggerimenti del primo, non condividendone le proposte, ferme restando le inevitabili conseguenze in termini di eventuali contestazioni di illeciti amministrativi dipendenti da reato.

²⁰⁷ Trib. Milano, 8 agosto 2012, n. 9258, in *www.rivista231.it*.

²⁰⁸ cfr, *ex multis*, LANCELOTTI G. e F., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Uno scudo processuale per le società e gli enti*, Giappichelli, 2011, p. 21.

CAPITOLO II - L'ATTIVITA' DELL'OdV IN CONCRETO

SOMMARIO: Premessa. - 1. L'insediamento e l'adozione del regolamento. - 2. La pianificazione dell'attività e il budget. - 3. Le riunioni. - 4. Le verifiche. - 4.1. La gestione delle segnalazioni alla luce delle nuove norme in materia di c.d. whistleblowing. - 4.2. Le verifiche dell'OdV rispetto ad alcune aree sensibili: salute e sicurezza, antiriciclaggio, market abuse, ambiente. - 5. La documentazione dell'OdV. - 5.1. I verbali e la relazione periodica. - 5.2. La conservazione della documentazione. - 6. La 'tenuta' del MOG in relazione all'attività dell'OdV.

Premessa

Giunti a questo punto dell'elaborato, occorre guardare all'attività dell'OdV in concreto, analizzando come le disposizioni del Decreto relative all'Organismo di Vigilanza, passate in rassegna nel capitolo precedente, vengano declinate nella pratica da parte degli operatori del settore.

A tal fine, acquisiscono ancora più rilevanza le linee guida delle associazioni di categoria, rappresentando il risultato di un immane sforzo di sintesi compiuto, in quasi vent'anni di vigenza del Decreto, dai professionisti che quotidianamente si trovano in 'prima linea' a scontrarsi con i dubbi applicativi derivanti da una normativa tanto scarna.

1. L'insediamento e l'adozione del regolamento

La fase dell'insediamento è particolarmente delicata, in quanto segna la base di partenza per tutte le attività successive.

Pertanto, è opportuno che il neo-nominato OdV si cali nella realtà dell'Ente, studiandone sin da subito la *governance* e l'organizzazione interna. Per tale motivo, l'OdV dovrebbe organizzare incontri conoscitivi con il *management* e compiere visite presso le sedi aziendali, oltre che acquisire documenti di varia natura (a titolo esemplificativo: Statuto, organigramma, procedure interne)¹.

¹ AODV231, *Le verifiche dell'OdV: programmazione e svolgimento*, 6 dicembre 2016, p. 7.

Inoltre, al fine di attuare il compito di vigilanza sul Modello, è necessario che l'OdV avvii quanto prima l'analisi del relativo Documento (comprensivo di Parte Generale e Parti Speciali), richiedendo copia dello stesso e della documentazione relativa al *risk assessment* propedeutico alla sua elaborazione o aggiornamento.

Parimenti, appare imprescindibile l'acquisizione degli atti del precedente Organismo, quali il Libro Verbali, le relazioni periodiche, i piani attività e tutta l'eventuale documentazione di supporto. L'esame di tale materiale è funzionale a consentire al neominato OdV di porsi in continuità rispetto all'operato del suo predecessore – proseguendo alcune verifiche già avviate in *follow up* – o, al limite, in discontinuità, nelle ipotesi, non auspicabili, in cui le attività svolte in precedenza dovessero apparire carenti. Una volta nominato, l'OdV deve immediatamente adottare il proprio Regolamento di funzionamento interno, elaborandone uno *ex novo* o recependo, ed eventualmente sottoponendo a revisione, quello dell'Organismo uscente².

È consigliabile che, con riferimento all'OdV, il contenuto del Modello e del Regolamento non si sovrappongano. Il primo, infatti, deve disciplinare l'OdV sotto il profilo più 'strutturale' e dei suoi rapporti con l'ente e con gli altri organi societari. Quindi gli aspetti minimi che devono essere trattati nello stesso sono i seguenti³: composizione; nomina e durata in carica; requisiti di eleggibilità, professionalità e onorabilità; cause di decadenza e revoca; attività di *reporting* periodica ai vertici societari; raccolta e conservazione delle informazioni; compenso e attribuzione del *budget*; modalità di trasmissione dei flussi informativi da e verso l'OdV (indirizzo e-mail/PEC, intranet aziendale, cassetta per il deposito cartaceo, ecc.).

Diverse sono invece le tematiche che devono trovare apposita trattazione all'interno del Regolamento, che rappresenta lo strumento di cui l'OdV si serve per auto-regolamentare il proprio funzionamento interno e i rapporti tra i componenti stessi. A titolo esemplificativo, si annoverano i seguenti aspetti⁴: modalità di convocazione delle riunioni e *quorum* necessario per le deliberazioni; compiti e poteri del Presidente; frequenza delle riunioni ordinarie; modalità di verbalizzazione delle riunioni e di tenuta della relativa documentazione; ausilio di consulenti esterni; rinuncia di uno dei componenti; conflitto

² *Ivi*, p. 9.

³ AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, 5 maggio 2016, pp. 5-6.

⁴ AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, 5 maggio 2016, pp. 7-8; BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 153.

di interessi e relativa condotta da tenere in armonia con i principi di indipendenza e autonomia (ad esempio: astensione e comunicazione al Presidente e/o all'organo amministrativo e/o di controllo); obblighi di riservatezza⁵ con riguardo alle informazioni acquisite nel corso del mandato (obblighi da estendersi all'eventuale segretario e ai collaboratori dei componenti stessi).

Premesso poi che l'attribuzione del budget deve essere prevista nel MOG, nel Regolamento tuttavia potrebbero affrontarsi diverse evenienze quali la necessità di intervento urgente per cui sia necessario “*il ricorso autonomo a supporti esterni*” o il superamento dei limiti di budget attribuito dall'organo amministrativo⁶.

Infine, potrebbe essere utile inserire nel Regolamento qualche indicazione di massima circa le modalità di espletamento dell'attività di verifica, con riferimento, ad esempio, alla possibilità di effettuare “*controlli a sorpresa*”⁷ o ad una suddivisione di compiti interna tra componenti e tra questi ultimi e le altre funzioni societarie o eventuali professionisti esterni⁸.

2. La pianificazione dell'attività e il budget

Secondo l'impostazione tradizionale delle attività di verifica, mutuata dalla prassi internazionale sviluppatasi in tema di *internal audit*, è possibile individuare tre fasi fondamentali: pianificazione, esecuzione, comunicazione dei risultati⁹.

Nell'ambito della prima fase di pianificazione, l'OdV è tenuto ad elaborare un “piano delle attività” (o “piano delle verifiche” che dir si voglia), avente ad oggetto un orizzonte temporale esteso – solitamente un anno – in cui vengano formalizzate le verifiche da compiere “*ai fini di un controllo programmato e, quindi, non attuato in maniera estemporanea*”¹⁰.

⁵ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 298.

⁶ AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 9.

⁷ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 298.

⁸ AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, cit., pp. 9-10.

⁹ GENNARO V., *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3, 2008, p. 177, 179.

¹⁰ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV: scadenziario e piano di lavoro*, *Resp amm. coc. enti*, 1/2014, p. 297.

Si tenga presente, per inciso, che il Piano riveste una duplice valenza: da una parte, funge quale parametro in base al quale valutare i risultati ottenuti nell'anno trascorso; dall'altra, quale inevitabile punto di partenza per elaborare il nuovo programma per l'anno seguente¹¹.

Il primo Piano redatto dal neo-OdV, di norma, è trasfuso in un documento formale a sé stante da condividere con l'organo amministrativo e con le eventuali funzioni/organi di controllo interno, “*in ottica di sinergia ed ottimizzazione con altre attività di verifica e monitoraggio svolte (ed al fine di evitare o comunque limitare duplicazioni di attività)*”¹². Nella prassi si registra la tendenza di incorporare il Piano anche in un verbale apposito dell'OdV – possibilmente il primo verbale di “insediamento” – per poi inserirlo, per gli anni a seguire, nelle relazioni periodiche (cfr. *infra* par. 5.1.). Si noti che il fatto di presentare il piano in tale sede, non vale a consentire all'organo amministrativo alcun potere approvativo o di veto, dovendo pertanto limitarsi a prenderne atto, nel pieno rispetto del requisito di autonomia dell'OdV¹³.

Il Piano deve esplicitare solo quelle attività che l'OdV ritiene di dover espletare per l'anno a venire, salvo quelle “a sorpresa”¹⁴ che, per non frustarne la *ratio*, non avrebbe alcun senso inserire. A tale ultimo proposito, si ritiene tuttavia possibile, se non auspicabile, dare atto genericamente nel Piano di come l'OdV possa riservarsi la possibilità di svolgere controlli non programmati e/o a sorpresa, qualora ciò sia richiesto da particolari eventi, non preventivabili, che siano emersi *in itinere*¹⁵; ciò al fine di contemperare le esigenze di efficienza dell'OdV con quelle informative e organizzative della società.

In estrema sintesi, il Piano dovrebbe dare atto degli obiettivi, di una programmazione di massima delle attività nonché del budget di spesa e delle attività di *reporting* verso i vertici societari e l'organo di controllo interno. Più nello specifico, tra le attività e le verifiche da inserire nel Piano, si annoverano, a titolo esemplificativo, le seguenti:

- verifica sullo svolgimento di *training* formativi, rivolti ai dipendenti, aventi ad oggetto le tematiche relative al d.lgs. 231/2001 e il Modello in vigore presso la società;

¹¹ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 298.

¹² AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., p. 12.

¹³ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 184.

¹⁴ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 298.

¹⁵ cfr. sul punto GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 299.

- riunioni con gli organi societari e di controllo¹⁶;
- incontri con i responsabili di funzione delle aree maggiormente “sensibili”, ovvero più esposte al rischio di commissione dei reati rilevanti *ex d.lgs. 231/2001*;
- scambi informativi con la società di revisione (ove prevista) e con i referenti in materia di salute e sicurezza ai sensi del d.lgs. 81/2008.

Secondo le *best practices* sarebbe altresì richiesto di dettagliare all’interno del Piano le tempistiche stimate e gli eventuali costi previsti per la realizzazione degli interventi pianificati, così da delineare il budget di spesa che dovrà essere assegnato dall’organo dirigente all’OdV per ciascun anno di incarico¹⁷.

Nell’ottica di garantire l’autonomia dell’OdV, dal punto di vista sostanziale, infatti, è opportuno consentire allo stesso “*la concreta facoltà di autoregolamentare la propria attività, anche attraverso l’attribuzione di un budget congruo ed appropriato, sia per il funzionamento dell’organismo in sé che per lo svolgimento di tutte le operazioni e le verifiche necessarie per il corretto esercizio della funzione*”¹⁸.

Ecco allora che l’elaborazione del Piano delle attività e la richiesta di *budget* all’organo amministrativo paiono indissolubilmente legati¹⁹, almeno per quanto riguarda quelle attività che necessitano l’esborso di spese vive e che siano già previste e prevedibili *ab origine* (ad esempio, la richiesta di consulenza esterna). Si tenga presente, infatti, che le tipiche attività routinarie espletate dall’OdV (esame di documentazione, incontri con referenti societari, analisi del Modello, ecc.) potrebbero essere eseguite dall’OdV stesso, ove composto da variegate professionalità tali da garantire le competenze necessarie per l’espletamento dell’incarico, senza alcun costo aggiuntivo; pertanto, fermo lo stanziamento di un budget iniziale e generico da parte dell’organo amministrativo, tali attività sono da considerarsi coperte dal compenso stesso dell’OdV, così come stabilito nel relativo provvedimento di nomina. Qualora, al contrario, si rendessero necessarie specifiche attività comportanti dei costi, la richiesta di attribuzione di risorse finanziarie, eventualmente eccedenti dal *budget* stabilito genericamente in sede di nomina, dovrebbe

¹⁶ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell’attività dell’OdV*, cit., p. 299.

¹⁷ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 182

¹⁸ IRDCEC, *Linee guida per l’Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del Collegio Sindacale*, Maggio 2013, OdV 10.20, in www.fondazione nazionale commercialisti.it, p. 12.

¹⁹ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell’attività dell’OdV*, cit., p. 300.

essere tramessa all'organo amministrativo unitamente al Piano delle attività; in alternativa, l'OdV potrebbe avanzare una richiesta di assegnazione di risorse finanziarie *in itinere*, in conformità a quanto eventualmente prescritto dal Regolamento (cfr. *supra* par. 1), dettagliando anche il tipo di attività da espletare, così da consentire all'organo direttivo dell'Ente un'adeguata valutazione circa la destinazione dei fondi.

3. Le riunioni

Si è già detto sopra che il numero minimo di riunioni ordinarie (sempre che si tratti di OdV collegiale) dovrebbe trovare un apposito spazio nel Regolamento di funzionamento. Ovviamente la frequenza degli incontri dell'OdV non può che dipendere dalle dimensioni dell'ente e dalla complessità della sua organizzazione, nonché dalla presenza di particolari aree di rischio, che potrebbero richiedere un più capillare controllo, oltre che dalla “*storia*” dell'ente stesso²⁰, che potrebbe rendere opportuno un maggior presidio di alcuni ambiti, qualora l'ente sia già stato coinvolto in un procedimento per reati previsti dal Decreto.

Nella pratica, molto spesso i Regolamenti prevedono una frequenza di 3/4 riunioni all'anno, fermo restando che, al verificarsi di particolari accadimenti (come, ad esempio, un accesso dell'autorità o la notifica di un avviso di garanzia), l'OdV sarebbe tenuto a riunirsi tempestivamente per prendere cognizione della situazione. Anche in ragione dell'eventuale esigenza di incontrarsi senza preavviso, pare fondamentale la previsione (sempre nel Regolamento) di “*modalità alternative di partecipazione alle riunioni*”²¹, tramite mezzi di comunicazione a distanza (*conference call*, videoconferenza, ecc.), qualora uno dei membri sia impossibilitato a presenziare fisicamente.

A tal proposito, ci si chiede, nella pratica quotidiana, se sia possibile per un componente dell'OdV delegare altri individui (*in primis* propri collaboratori) a partecipare alle riunioni: tale opzione è tendenzialmente esclusa dalle associazioni di categoria²². Ciò è comprensibile, ove si pensi che la nomina di ogni componente avviene su *intuitu personae*

²⁰ AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 7.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ivi*, p. 12. Nel modello di Regolamento proposto dall'Associazione, infatti, è dato leggere al punto 5.2.: “*I componenti dell'OdV non possono delegare un altro soggetto la partecipazione alle riunioni dell'OdV, pena l'invalidità delle stesse*”.

da parte dell'organo dirigente e che le caratteristiche di ciascuno (soprattutto con riferimento all'indipendenza, professionalità e onorabilità) sono strettamente personali e non paiono quindi trasferibili, per una sorta di 'proprietà transitiva', ad altri soggetti. Né si potrebbe addivenire ad una diversa conclusione sostenendo che i requisiti dell'OdV debbano essere valutati nella globalità, visto che le caratteristiche di ogni singolo componente sommate a quelle degli altri andrebbero comunque a creare un *unicum* difficilmente replicabile.

4. Le verifiche

La vigilanza sull'effettività, l'adeguatezza, il mantenimento e l'aggiornamento del Modello ha ad oggetto tre diversi ambiti: i) i flussi informativi; ii) le aree a rischio; iii) la comunicazione e la formazione sulle materie sottese al Decreto e al Modello adottato dalla società.

*L'analisi dei flussi informativi*²³

Si è già detto (cap. I, par. 3.4.2.) che i flussi informativi possono essere periodici o "ad evento".

Premesso che "tipologia, articolazione, qualità e periodicità dei flussi informativi periodici" dipendono anche dalle dimensioni dell'ente e dal suo settore di operatività, è possibile suddividerli a loro volta "per provenienza". Infatti, possono aversi flussi periodici provenienti dalle funzioni che operano in aree sensibili e dalle funzioni di controllo oppure dagli organi sociali.

I flussi derivanti dai referenti appartenente ad aree sensibili e a funzioni di controllo sono essenziali per tenere monitorata "l'evoluzione dell'attività oggetto di analisi e il funzionamento dei relativi presidi di controllo", e devono tenere in debito conto eventuali criticità, legate a eventi sintomatici dell'aumento del rischio di commissione dei reati, o possibili difficoltà nell'applicazione dei presidi preventivi dettagliati nel Modello o nelle *policies* interne.

²³ cfr. AODV231, *Position Paper, I flussi informativi*, 19 marzo 2012, in www.aodv231.it, pp. 5 e ss.; cfr. *supra*, cap. I, par. 3.5.

Sebbene le funzioni tenute a garantire flussi informativi all'OdV si differenzino, banalmente anche per denominazione, a seconda dell'attività e della struttura dell'ente, se ne possono individuare alcune generalmente trasversali a qualsiasi realtà aziendale, semmai cumulate in capo al medesimo soggetto in quelle di piccole dimensioni, che per definizione risultano essere detentrici di informazioni meritevoli d'interesse dal punto di vista dell'Organismo, in quanto riferibili alle più comuni aree esposte al rischio di commissione di reati²⁴:

- *Finance* (CFO, Ufficio Amministrativo, ecc.): con riguardo alla gestione delle risorse finanziarie e della tesoreria, oltre che del processo di bilancio;
- *HR*: per monitorare la formazione erogata ai dipendenti nonché l'irrogazione di sanzioni disciplinari per violazioni di protocolli interni (sospensioni, licenziamenti, ecc.)
- *IT*: per gli aspetti connessi alla sicurezza informatica e alla commissione di eventuali *computer crimes*;
- *HSE*: in relazione agli aspetti legati alla gestione ambientale e di salute e sicurezza suoi luoghi del lavoro (RSPP, Medico Competente, ecc.);
- Funzioni che gestiscono i rapporti con la P.A. (ad esempio, Ufficio Gare, Ufficio vendite, Ufficio Relazioni Istituzionali, ecc.): per il monitoraggio del rischio legato alla corruzione sia verso pubblici ufficiali che verso privati;
- Ufficio Legale: per aggiornamenti circa eventuali contenziosi in essere che coinvolgono l'ente a vario titolo.
- Funzioni di controllo (*internal audit, compliance, risk management, ecc.*): per l'analisi dei rispettivi piani di azione e delle risultanze dei controlli effettuati (*report di audit, ecc.*).

Come detto, anche i flussi trasmessi dagli organi sociali e di controllo, nelle forme di apposite relazioni periodiche, rivestono una particolare importanza. La centralità della fonte, infatti, fa spesso sì che qualsiasi informazione dalla stessa proveniente risulti avere una rilevanza tale da rendere necessario l'aggiornamento del Modello, ben potendo riguardare modifiche della struttura e dell'organizzazione societaria o delle aree di *business* (se provenienti dall'organo amministrativo), o risultanze negative circa le

²⁴ GAREGNANI G. M., *La rilevanza dei flussi informativi* cit., p. 321.

condizioni del sistema di controllo interno (se provenienti dall'organo di controllo o dal Revisore, ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 39/2011).

Per quanto riguarda, invece, i flussi informativi “*ad hoc*” (o “*spot*”, “*al verificarsi di particolari eventi*”), gli stessi riguardano criticità attuali o potenziali meritevoli di essere portate all'attenzione immediata dell'OdV e possono avere ad oggetto i seguenti accadimenti: procedimenti o indagini su ipotesi di reati previsti dal Decreto; risultanze di indagini interne dalle quali siano emerse violazioni del Modello; procedimenti disciplinari avviati nei confronti di dipendenti; commissione di reati o di violazioni del Modello (sulla gestione pratica del c.d. *whistleblowing*, v. *infra* par. 4.1.).

Da ultimo, preme sottolineare come nell'ottica di garantire continuità d'azione e la completezza dei flussi informativi, oltre che una semplificazione dell'attività quotidiana, potrebbe essere utile individuare all'interno dell'organizzazione un “*referente 231*” (in genere coincidente con funzioni di controllo quali *l'internal audit* o la *compliance*). Quest'ultimo, ricoprirebbe il ruolo di “*facilitatore*” dei rapporti tra l'Organismo e l'ente, con specifico riferimento alla condivisione di documenti e informative e all'organizzazione di riunioni con il *management* o con altri referenti aziendali²⁵. È evidente, peraltro, che tale ruolo ben potrebbe essere incarnato dallo stesso componente interno, ove nominato, che non potrebbe esimersi dal farsi parte attiva nel raccogliere i flussi informativi provenienti dalle varie funzioni aziendali o anche nell'andare a sollecitare periodicamente i soggetti interessati, sensibilizzandoli sull'importanza di raccogliere le informative relative alle rispettive aree di competenza e di trasmetterle all'OdV.

Le verifiche sulle aree a rischio

Tale attività di verifica è precipuamente finalizzata ad accertare il rispetto, da parte dei destinatari del Modello, dei principi comportamentali e dei presidi preventivi fissati nel MOG stesso e nelle procedure interne dell'azienda.

Gli strumenti a disposizione dell'OdV sono molteplici: ispezioni, esame di documentazione, conferimento di incarichi a consulenti esterni, “*audit effettuato tramite check list o tramite interviste dirette*”²⁶.

²⁵ AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., p. 7.

²⁶ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 300.

Si precisa come, nella pratica, l'audizione periodica e programmata dei referenti aziendali che fanno capo alle aree sensibili risulti inevitabile, ove si intenda approfondire alcuni aspetti emersi nell'ambito dei flussi informativi trasmessi via e-mail o per mezzo di *check list* di controllo²⁷. Molto spesso, peraltro, nelle realtà più piccole o in quelle dove il Modello sia di recente adozione e la 'cultura 231' non si sia ancora diffusa in maniera capillare, le interviste si trasformano nella sede primaria di attuazione dei flussi informativi di cui sopra, qualora i referenti aziendali siano rimasti inerti o non abbiano saputo selezionare adeguatamente la tipologia di flussi da trasmettere.

Dal punto di vista di chi scrive, dunque, non può non sfuggire come l'intervista *vis-à-vis*, e il contatto umano che ne deriva, consenta di condurre in modo più mirato l'opera di sensibilizzazione già avviata con i corsi di formazione, contribuendo a creare una più solida 'cultura 231' e a responsabilizzare maggiormente i destinatari del Modello circa la tipologia di flussi rilevanti dal punto di vista dell'OdV²⁸.

La formazione

Con riguardo al monitoraggio circa l'effettiva divulgazione dei principi e delle prescrizioni contenute nel Modello e nel Codice Etico, l'OdV dovrebbe acquisire tutta la documentazione attestante lo svolgimento di corsi di formazione, possibilmente differenziati in relazione al ruolo ricoperto all'interno dell'area di rischio²⁹ (ad esempio, a parere di chi scrive, in una società che si avvalga di una rete agenziale, potrebbe essere consigliabile predisporre un corso *ad hoc* per gli agenti con focus specifico sul reato di corruzione tra privati). Tra i documenti rilevanti in tal senso, rientrano l'elenco dei partecipanti al corso, i *test* erogati per sondare la comprensione dei partecipanti, ecc. Nell'ambito di tale verifica, l'Organismo deve assicurarsi che le attività di formazione si siano incentrate sui presidi preventivi dettati dal MOG e sui canali da utilizzare per trasmettere all'OdV stesso informative periodiche e segnalazioni.

²⁷ AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., p. 16.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ivi*, p. 21.

4.1. La gestione delle segnalazioni alla luce delle nuove norme in materia di whistleblowing

La novella di cui alla Legge 179/2017, come sopra anticipato (cap. I, par. 3.4.3.), prevede che almeno uno dei due canali di segnalazione sia idoneo a garantire la riservatezza circa l'identità del segnalante tramite “modalità informatiche”. Ne consegue che la predisposizione di semplici caselle e-mail sia da intendersi superata³⁰. Si è posto, allora, nella prassi, il problema di individuare i giusti canali per adempiere alle prescrizioni legislative. Oltre alla casella di posta elettronica – possibilmente certificata così da fornire maggiori garanzie in termini di data certa e genuinità dei contenuti della comunicazione – si è registrata la tendenza, soprattutto per le aziende più strutturate, di avvalersi del sistema informatico aziendale (c.d. Intranet) dotato di alcuni requisiti tecnologici idonei a garantire la riservatezza del segnalante; stante la poca fiducia che i dipendenti potrebbero nutrire nei confronti di un sistema pur sempre gestito internamente dall'azienda, un'alternativa potrebbe essere rappresentata dalla creazione di apposite pagine *web*, che presentino anche la possibilità di interloquire con il segnalante attraverso una modalità “*chat*” e la facoltà di scegliere tra riservatezza e anonimato³¹.

³⁰ PANSARELLA M., *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2018, p. 283.

³¹ *Ibidem*. Per un approfondimento sulle modalità utilizzate da Allerta Anticorruzione-ALAC (Transparency) per la gestione delle segnalazioni, si veda www.transparency.it/alac.it, voce “informazioni su sicurezza e confidenzialità”: “ALAC si distingue per la tutela della riservatezza del segnalante. In nessun caso l'identità o altri dati identificativi del segnalante saranno inoltrati senza il suo consenso. Per quanto riguarda la sicurezza tecnologica e la rintracciabilità del segnalante, per ALAC abbiamo deciso di non usare i metodi tradizionali di raccolta delle segnalazioni (telefono, posta, indirizzo e-mail) ma di utilizzare una piattaforma tecnologica ampiamente collaudata e già implementata per il whistleblowing in contesti sociali caratterizzati da rischi personali elevati: Globaleaks, un software open source sviluppato da Hermes Center for Transparency and Digital Human Rights, permette di dialogare in modo anonimo con il segnalante, senza possibilità, per il ricevente o altri soggetti, di rintracciare l'origine della segnalazione. Il portale dell'ALAC utilizza il protocollo HTTPS, un protocollo di crittografia che garantisce il trasferimento di dati riservati. Per un livello di sicurezza totale si consiglia inoltre di installare il browser «Tor», che permette la navigazione attraverso una serie di router anonimi. La segnalazione può essere fatta quindi in tre forme: A) Confidenziale. Il segnalante decide di identificarsi; il contenuto della sua segnalazione non è rintracciabile né accessibile da terzi. B) Anonima. Il segnalante non si identifica ma può dialogare in modo anonimo con i responsabili dell'ALAC. C) Massima sicurezza. La segnalazione viene fatta su browser Tor. Questa modalità rende irrintracciabile sia la segnalazione sia la fonte e lascia comunque al segnalante la possibilità di dialogare con l'ALAC in modo confidenziale o anonimo”.

A prescindere dalla concreta identificazione del soggetto o dei soggetti (*in primis* l'OdV) deputati a ricevere le segnalazioni, occorre che l'azienda regolamenti tutte le fasi del processo di *whistleblowing*³²:

- ricezione della segnalazione: può essere opportuno che venga predisposto un "registro delle segnalazioni", con specificazione dei requisiti di accesso (*password*, ecc.), dove vengano riportate tutte le segnalazioni pervenute e le azioni poste in essere;
- analisi della segnalazione: occorre definire le modalità di verifica della "fondatezza" della segnalazione e della "credibilità" del suo autore nonché i tempi entro cui procedere con l'analisi della stessa; in caso di archiviazione, sarebbe utile esplicitare nel Registro sopra menzionato le ragioni poste alla base di tale scelta;
- attuazione delle azioni definite in sede di analisi: potrebbe apparire necessario avviare indagini o proseguire il confronto con il segnalante; da qui l'esigenza di disciplinare i soggetti, sia interni che esterni (avvocati, consulenti, ecc.) da coinvolgere e le modalità di svolgimento di quelli che finiscono per coincidere con dei veri e propri *audit*, le cui risultanze dovranno essere compendiate in specifici *report* che, in un secondo momento, potrebbero essere oggetto di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria, ove effettivamente adita. In proposito, si tenga presente che qualsiasi attività di indagine interna deve risultare conforme a quanto stabilito dallo Statuto dei Lavoratori (Titolo I) nonché ai principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di "controlli difensivi"³³.

³² PANSARELLA M, *Problematiche giuridiche ed organizzative*, cit., pp. 287-288.

³³ cfr. AODV231-Orrick, *Il whistleblowing*, cit., pp. 70-71: "le norme che, a tal proposito, devono essere tenute in considerazione sono quelle relative ai controlli e indagini di cui al Titolo I dello Statuto dei Lavoratori, concernenti i controlli dell'uomo sull'uomo; tra di esse, quelle relative ai limiti all'uso delle guardie giurate (art. 2), quelle in merito agli addetti alla vigilanza dell'attività lavorativa (art. 3), agli accertamenti sanitari (art. 5) e ai limiti delle ispezioni fisiche (art. 6) a tutela della dignità dei lavoratori. A questi si aggiungono il divieto dei controlli a distanza tramite apparecchiature (art. 4), nonché il divieto di effettuare indagini sulle opinioni dei lavoratori o su fatti non rilevanti per la valutazione dell'attitudine professionale (art. 8). Tra le norme dello Statuto dei Lavoratori ("Statuto") ora citate, quelle che maggiormente possono venire in rilievo nelle indagini sono: l'art. 4, in quanto la maggior parte dei controlli viene effettuata avvalendosi di apparecchiature (si pensi ai controlli sulla navigazione in rete, sui contenuti del PC o della casella di posta elettronica); l'art. 8, poiché spesso le indagini consentono di acquisire una molteplicità di informazioni che esulano dal circoscritto ambito dell'attitudine professionale del lavoratore. (...). A beneficio della possibilità di indagine, ivi incluse quelle effettuate per condotte potenzialmente rilevanti ai fini di cui al Decreto, viene in soccorso la

La disciplina della fase relativa all'irrogazione di sanzioni disciplinari dovrebbe trovare spazio nell'ambito del sistema disciplinare in uso all'interno dell'azienda e in un'apposita procedura.

Similmente, con specifico riguardo all'Organismo di Vigilanza, le principali associazioni di categoria chiariscono che, una volta ricevuta la segnalazione, lo stesso *“può procedere con successive attività di accertamento, autonomamente o con il supporto di altre strutture aziendali (es: internal auditing, legale, risorse umane, team multifunzionali, ecc.) e/o consulenti esterni, attraverso richieste di documenti ed informazioni alle strutture coinvolte dalla segnalazione ovvero attraverso l'attivazione di un audit specifico”*³⁴.

All'esito di tali accertamenti, la segnalazione potrà essere giudicata³⁵:

- *“infondata e in buona fede”*: in tal caso l'OdV potrà procedere con l'archiviazione;
- *“infondata e in mala fede”*: occorrerà darne comunicazione al vertice societario e/o alla funzione aziendale competente, al fine di valutare l'attivazione di un procedimento disciplinare;
- *“fondata ed accertata”*: in un'evenienza del genere, l'OdV potrà richiedere all'organo amministrativo e/o ad altra funzione competente *“sia azioni correttive sia la comminazione di sanzioni o altri provvedimenti (...) e conseguentemente la segnalazione potrà essere chiusa”*.

dottrina dei cd. controlli difensivi, secondo la quale i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore – perciò “difensivi” – devono ritenersi fuori dall'ambito di applicazione delle norme poste a tutela della riservatezza del lavoratore medesimo, con alcuni caveat: il controllo difensivo non potrà essere strumentalizzato dall'azienda, applicando modalità di indagine generalizzate e pervasive; il controllo diretto su una cerchia ristretta di dipendenti deve invece essere giustificato da fondati sospetti di abusi (...); il controllo difensivo deve comunque rispettare i principi posti a protezione dei dati personali, per cui deve essere il meno intrusivo possibile, cioè esercitarsi solo entro il limite in cui non sia possibile fare altrimenti e soddisfare il principio di trasparenza, tramite la preliminare comunicazione all'intera popolazione dei comportamenti atte-si (ad es. tramite il codice etico), della riserva di effettuare controlli e delle caratteristiche essenziali delle relative modalità. Sotto il profilo della disciplina giuslavoristica, l'attività di verifica di natura preventiva (cioè non suffragata da sospetti fondati) potrebbe rientrare nell'ambito dell'art. 4 dello Statuto e, quindi, richiedere l'esperimento preventivo della procedura di garanzia (...). Sarebbe fuori da questo ambito il controllo mirato a verificare la fondatezza di precisi sospetti di violazione (del Decreto 231 o del modello organizzativo). In caso di controlli non conformi allo Statuto dei Lavoratori, ferma restando la sanzione penale prevista dall'art. 171 del Codice sulla Privacy, la giurisprudenza prevalente depone nel senso della inutilizzabilità delle informazioni così ottenute, che non potranno quindi essere utilizzate a fondamento di eventuali contestazioni nei confronti del dipendente responsabile dell'illecito (...).”

³⁴ AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., pp. 24-25.

³⁵ *Ibidem*.

4.2. Le verifiche dell’OdV rispetto ad alcune aree sensibili: salute e sicurezza, antiriciclaggio, market abuse, ambiente

Appare interessante soffermarsi su alcune aree “sensibili” al fine di dettagliare le verifiche dell’OdV proprio in ragione delle peculiari esigenze di determinati settori connotati da un elevato tecnicismo e da una complessa regolamentazione normativa.

Nonostante la presente sezione miri a descrivere l’attività dell’OdV sotto un profilo ancora più ‘pratico’, attraverso l’analisi di come generali controlli menzionati nei paragrafi precedenti possano modularsi in relazione allo specifico ambito preso in considerazione, occorre ricordare che ciascun ente rappresenta un ‘mondo’ a sé stante, al cospetto del quale l’OdV deve sempre porsi con spirito critico, concentrandosi sulle caratteristiche proprie dello stesso, senza farsi deviare dal fatto di poterlo astrattamente accumunare ad altri enti operanti nel medesimo settore. Pertanto, qualsiasi elencazione di controlli qui di seguito riportata avrà una valenza inevitabilmente esemplificativa, senza alcuna pretesa di esaustività.

Salute e sicurezza³⁶

L’art. 25-*septies* del Decreto sanziona l’illecito amministrativo dipendente dai reati di omicidio e lesioni colpose commessi in violazione delle norme di cui al d.lgs. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. La particolarità di tali condotte è data dal fatto di essere tendenzialmente prive di un atteggiamento finalistico e di connotarsi per il mancato rispetto di misure cautelari e per l’omissione di presidi idonei ad impedire l’evento morte e lesioni.

Si è detto (cfr. cap. I, par. 2.4.) che l’art. 30 co. 4 d.lgs. 81/2008 detta i requisiti minimi ed essenziali che un Modello 231 deve presentare per poter essere considerato idoneo a prevenire i reati di cui all’art. 25-*septies* del Decreto. Il “Modello” *ex art.* 30, quindi, si sostanzia nella pratica in una delle parti “speciali” di quest’ultimo, finalizzata, appunto,

³⁶ Ai fini dell’elaborazione del presente sotto-paragrafo si è tenuto precipuamente in considerazione il seguente contributo, alla luce della completezza e dell’intento riepilogativo: AODV231, *Position Paper, Attività dell’o.d.v. e reati di cui all’art. 25 septies D. Lgs n 231/01 – Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, 22.02.2016, in www.aodv231.it.

alla prevenzione dei reati di cui all'art. 25-*septies* del Decreto. In forza del comma 5 dell'art 30, assurgono al ruolo di parametro di riferimento decisivo, ai fini della predisposizione di tale “parte speciale”, le Linee Guida UNI-INAIL o gli standard internazionali (BS OHSAS 18001, ISO 45001) nonché le linee guida delle altre associazioni di categoria (ad esempio, Confindustria e ANCE-Associazioni nazionale Costruttori)³⁷.

È ovvio che i criteri per poter valutare l'efficace attuazione e l'adeguatezza del Modello in questione saranno gli stessi che devono essere osservati per tutte le altre componenti del Modello 231, salvi gli inevitabili aggiustamenti dovuti alla diversità e specificità della normativa antinfortunistica: esistenza di procedure interne formalizzate; tracciabilità dei processi; segregazione dei compiti e delle funzioni; esistenza di un sistema di deleghe coerente.

È in tale contesto, dunque, che deve inserirsi l'operato dell'Organismo di Vigilanza.

In generale, è necessario che quest'ultimo si focalizzi sul sistema di gestione della sicurezza e non sulle scelte di contenuto tecnico che sono di esclusivo appannaggio del datore di lavoro e degli altri protagonisti previsti dal d.lgs. 81/2008; l'OdV non deve ingerirsi nella maniera più assoluta nella gestione dei processi sensibili legati alla salute e alla sicurezza dei lavoratori. È per tale ragione che le verifiche dell'Organismo, per loro natura, non sono sovrapponibili a quell'attività di “*vigilanza sul rispetto delle procedure*”

³⁷ Gli autori del *Position Paper* evidenziano come le linee guida UNI-INAIL e il BS OHSAS contengano importanti indicazioni, nella sostanza sovrapponibili, in ordine ai contenuti minimi di un sistema di gestione della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro: “- *politica della sicurezza: esistenza di un documento aziendale che dichiara in modo esplicito gli obiettivi globali di Sicurezza dell'Azienda e l'impegno al miglioramento continuo della prestazione di Sicurezza. La società deve altresì garantirne la diffusione a tutti i dipendenti, al fine di renderli consapevoli dei relativi obblighi, nonché provvedere al riesame periodico della politica adottata in modo da assicurare il costante allineamento con la realtà aziendale;* - *pianificazione: identificazione dei pericoli e successiva valutazione dei rischi; analisi dei requisiti legali da assolvere e definizione degli obiettivi e dei programmi da realizzare;* - *attuazione del programma: predisposizione e realizzazione di programmi di gestione della Sicurezza per il conseguimento degli obiettivi pianificati, che individuino le responsabilità e le autorità assegnate, nonché gli strumenti - finanziari ed operativi - e le tempistiche di attuazione degli obiettivi;* - *controllo: misura e monitoraggio delle prestazioni; valutazione della conformità; analisi degli incidenti occorsi e individuazione delle cause specifiche che li hanno causati; registrazione di tutta la documentazione inerente al Sistema di Gestione della Salute e Sicurezza sul Lavoro;* - *riesame: revisione delle prestazioni e dei comportamenti globali dell'azienda sottoposti a periodica verifica (statistiche degli infortuni, rapporti delle emergenze reali o esercitazioni, risultati degli audit, conseguenze delle modifiche normative e organizzative, sviluppi tecnico-scientifici e reportistica interna)”*.

e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori”, di cui all’art. 30 co. 1 lett. f) d.lgs. 81/2008, di competenza dei soggetti destinatari degli obblighi di garanzia.

L’essenza dell’attività dell’OdV rispetto al SGSL si coglie proprio alla luce dei rapporti di complementarietà – e non di perfetta coincidenza – tra il Modello 231 e il Modello *ex art. 30*. Volendo esemplificare, si potrebbe guardare all’ipotesi di omessa valutazione dei rischi (violazione formale che integra di per sé un reato contravvenzionale *ex art. 55 co. 1 lett. a* d.lgs. 81/2008). Tale adempimento grava sul datore di lavoro e non certo sull’ente. Tuttavia, l’ente, attraverso la tutela di “secondo livello” rappresentata dal Modello 231, è chiamato a predisporre procedure interne volte ad assicurare che le persone fisiche destinatarie dell’obbligo previsto dall’art. 29 d.lgs. 81/2008 vi adempiano effettivamente³⁸; ciò a prescindere dalla effettiva commissione dei delitti colposi d’evento previsti dall’art. 25-*septies*, ma pur sempre in chiave di prevenzione degli stessi.

In estrema sintesi, l’OdV deve sincerarsi che all’interno dell’organizzazione siano individuati tutti i referenti previsti dal d.lgs. 81/2008 e che gli stessi si trovino nelle condizioni di compiti adempiere agli obblighi loro imposti.

Più nel dettaglio, è essenziale che l’OdV acquisisca varie informazioni; ciò, di norma, avviene nell’ambito dei flussi informativi periodici o “a evento” previsti nel Modello 231, oltre che nel corso di appositi incontri con le figure essenziali, quali il datore di lavoro e il RSPP, *in primis*, ma anche con il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS), il medico competente, il responsabile della prevenzione incendi e del primo soccorso. Appaiono fondamentali anche dei sopralluoghi fisici presso le sedi aziendali e gli eventuali siti o unità dislocate sul territorio (in caso di numero elevato, anche a campione). L’OdV, dunque, deve appurare che all’interno dell’ente si sia provveduto (o si provveda puntualmente) a:

- effettuare una valutazione dei rischi e a predisporre apposite procedure volte a regolare lo svolgimento di determinate attività pericolose nonché la gestione delle emergenze e del primo soccorso;
- definire un organigramma della sicurezza con un’adeguata ed effettiva ripartizione, nell’ambito di un sistema di controlli aventi natura tecnica, delle responsabilità tra le figure aziendali all’uopo designate in virtù di quanto disposto

³⁸ DOVERE S., *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell’organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, cit., p. 86.

dal d.lgs. 81/2008;

- elaborare un completo piano formativo in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e ad erogare, in concreto, appositi *training* a vantaggio dei lavoratori, compresi quelli specifici riservati a dirigenti e preposti;
- far avanzare le azioni correttive/preventive rese necessari a seguito del rilevamento di non conformità;
- consultare il rappresentante dei lavoratori (RLS);
- effettuare le riunioni periodiche previste dall'art. 35 d.lgs. 81/2008;
- disciplinare i contratti d'appalto di servizi in relazione a manutenzioni e forniture in modo tale che siano accertate preventivamente le competenze tecnico-professionali degli appaltatori e che sia valutato adeguatamente il rischio interferenziali;
- pianificare e monitorare gli interventi di manutenzione sugli impianti;
- effettuare la sorveglianza sanitaria;
- adempiere, ove applicabili, alle disposizioni in materia di cantieri temporanei e mobili e di siti esposti al rischio di incidenti rilevanti.

L'Organismo, inoltre, deve essere informato circa qualsiasi evento idoneo a modificare il sistema di gestione della salute e sicurezza, oltre che la corretta ripartizione di responsabilità tra i relativi referenti: saranno rilevanti in tal senso l'avvio di nuove linee di prodotto, l'acquisizione o la dismissione di siti o impianti produttivi, eventuali novelle legislative sopravvenute. Lo stesso deve altresì essere aggiornato sulla pianificazione e la gestione degli investimenti disposti dai vertici societari in materia prevenzionistica.

È opportuno che, in relazione a tutte le tematiche sopra esposte, l'OdV entri in possesso di documentazione di supporto. Ci si riferisce in particolare ai seguenti documenti: Documento di Valutazione dei Rischi (DVR); deleghe *ex art. 16* e nomine rilevanti ai sensi del d.lgs. 81/2008 (nomina di direttori di stabilimento, dirigenti e preposti, ecc.); *audit* elaborati internamente o da enti certificatori; comunicazioni intervenute tra i referenti della sicurezza (come ad esempio reclami o raccomandazioni); elenco delle società appaltatrici e sub-appaltatrici; modelli contrattuali utilizzati nella gestione dei rapporti con terze parti; DUVRI; verbali di ispezioni condotte da organi accertatori pubblici (ASL, Vigili del Fuoco, ecc.); report su infortuni, c.d. *near misses*, malattie

professionali; documentazione attestante eventuali procedimenti disciplinari avviati per il mancato rispetto delle regole in materia di salute e sicurezza; piano formativo; verbale delle riunioni *ex art. 35*; certificazioni. È quasi superfluo sottolineare come, con riguardo alle certificazioni, il mero accertamento dell'esistenza di un documento formale e della documentazione ad esso sottesa non sia sufficiente per considerare come assolto il compito di monitoraggio di competenza dell'Organismo di Vigilanza, rappresentando soltanto un utile punto di partenza per valutare, nel tempo, l'adeguatezza del Modello. La piattaforma conoscitiva così ottenuta dovrebbe consentire all'OdV di rintracciare eventuali incoerenze dell'organigramma della sicurezza rispetto alle prescrizioni normative e carenze nella valutazione e nel monitoraggio dei rischi, da parte dei soggetti competenti, nonché la mancata predisposizione di misure cautelari ove se ne fosse rilevata la necessità a seguito del verificarsi di un accadimento rilevante per il d.lgs. 81/2008 o in conseguenza di verifiche interne o esterne. Fondamentale, in proposito, è che l'OdV esamini l'influenza del fattore economico sulle scelte operate dall'ente nella gestione, soprattutto al fine di verificare che situazioni di rischio già rilevate non vengano adeguatamente gestite per motivazioni legate al risparmio di spesa o alla maggiore efficienza produttiva.

Antiriciclaggio³⁹

In generale, è essenziale che l'OdV analizzi il sistema organizzativo e le procedure adottate dall'ente per garantire l'adempimento alle prescrizioni di cui al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231⁴⁰ (di seguito "d.lgs. 231/2007"), in materia di "*prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*", verificandone il rispetto da parte dei destinatari.

³⁹ A proposito delle verifiche dell'OdV in materia di antiriciclaggio, un utile contributo è rappresentato da AODV231, *Position Paper, Ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'ambito della normativa antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231)*, 2 marzo 2015, in www.aodv231.it. Si precisa come tale documento – attualmente in fase di revisione – sia stato elaborato nel periodo di vigenza della precedente disciplina che, all'art. 52 d.lgs.231/2007, poneva precisi obblighi di vigilanza e segnalazione in capo all'OdV. Ciò nondimeno si ritiene che le indicazioni ivi contenute forniscano tuttora preziosi spunti operativi, sempre che si tenga debitamente conto dell'intervenuta modifica legislativa.

⁴⁰ Si tenga presente che il quadro normativo subirà entro breve ulteriori modifiche. Infatti, in data 3 ottobre 2019 il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo che recepisce la c.d. Quinta direttiva antiriciclaggio (Direttiva UE 2018/843), andando a modificare ed integrare il d.lgs. 90/2017.

Inoltre, eventualmente attraverso appositi incontri con i referenti aziendali competenti (responsabile della funzione antiriciclaggio, delegato alla segnalazione delle operazioni sospette, ecc.) l'OdV dovrebbe valutare la corretta ripartizione di responsabilità e l'effettiva conduzione di controlli interni da parte delle funzioni preposte all'applicazione della normativa (funzione antiriciclaggio, *compliance*, ecc.). Da ultimo, l'OdV non potrebbe disinteressarsi al puntuale svolgimento di attività formative nei confronti dei dipendenti, con riferimento alla verifica della clientela, ai criteri da seguire nella valutazione e segnalazione dell'operazione sospetta, all'utilizzo degli strumenti per la conservazione dei dati e delle informazioni legate alla clientela nonché alla gestione dei mezzi di pagamento.

È evidente peraltro evidente come il ruolo dell'OdV nell'ambito di tale normativa sia sensibilmente mutato a seguito della novella apportata dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 che è andato a riformare il precedente impianto eliminando, tra le altre cose, gli obblighi di segnalazione penalmente sanzionati che il precedente art. 52 poneva in capo all'OdV e ad altri organi di controllo. Ecco quindi che attualmente, dal punto di vista formale, i compiti dell'OdV, lungi dal costituire una diretta vigilanza "*sull'osservanza delle norme*" di cui al d.lgs. 231/2007, sono ritornate ad assumere il tradizionale contenuto di vigilanza sull'osservanza del Modello adottato ai sensi del d.lgs. 231/2001 e dei suoi protocolli specifici, con riferimento alla prevenzione del reato presupposto di riciclaggio. Tuttavia, pare che il cuore dell'attività di vigilanza sia rimasto nella sostanza il medesimo, dal momento che la "parte speciale" del Modello 231 riservata al reato di riciclaggio non può che basarsi sulle prescrizioni del d.lgs. 231/2007.

Tra le possibili verifiche possono annoverarsi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, quelle relative ai seguenti ambiti:

- adeguata verifica della clientela (artt. 18-27): l'obbligo di adeguata verifica è finalizzato all'assunzione delle informazioni necessarie a accertare la reale identità del soggetto con cui la società si trovi a intrattenere rapporti professionali (cliente, esecutore, titolare effettivo), la tipologia dell'instaurando rapporto o dell'operazione occasionale, oltre che a garantire un costante monitoraggio in costanza di rapporto⁴¹. È quindi importante che l'OdV accerti l'esistenza di una

⁴¹ Banca d'Italia, *Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica della clientela, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231*, 31 luglio 2015,

policy che disciplini le modalità per procedere con l'adeguata verifica, i compiti e le responsabilità dei partecipanti al processo, nonché l'effettuazione, a livello interno, di un controllo periodico idoneo a evidenziare eventuali anomalie (ad esempio, il numero di clienti su cui non è stata effettuata adeguata verifica o che sono rimasti inerti a fronte delle richieste di informazioni, ecc.).

- obbligo di registrazione e conservazione dei dati e delle informazioni raccolte dalla clientela (artt. 31-32): l'art. 32, come modificato dal d.lgs. 90/2017, ha statuito che i dati soggetti agli obblighi di conservazione a fini antiriciclaggio possono essere conservati con qualsiasi sistema che rispetti i requisiti di accessibilità e integrità dei dati e del mantenimento della loro storicità, per permettere alle Autorità di vigilanza e alla UIF di ricostruire agevolmente l'operatività dei soggetti vigilati. Pertanto, è venuto meno il più stringente obbligo di adozione dell'Archivio Unico Informatico. L'OdV, non potendo sindacare nel merito la scelta della metodologia utilizzata per assolvere agli obblighi di cui sopra, deve tuttavia verificare che l'ente abbia effettivamente implementato un sistema di conservazione dei dati e delle informazioni relative ai clienti.
- segnalazione di eventuali operazioni sospette (artt. 35-37): un'operazione è "sospetta" in virtù delle caratteristiche oggettive sue proprie (tipologia, oggetto, frequenza, entità) e di quelle del cliente che la effettua (tipo di attività da quest'ultimo svolta e suo profilo economico/finanziario). A tal riguardo è opportuno che l'OdV accerti l'adozione di una procedura che descriva i presupposti e le modalità della segnalazione nonché i soggetti che intervengono, oltre che la predisposizione, in concreto, di adeguati canali comunicativi per far fronte agli obblighi di legge in tal senso. Inoltre, appare importante che sia verificata l'esistenza di strumenti automatizzati per la rilevazione e la valutazione di operazioni sospette (come ad esempio Gianos, Actimize, Searchspace, ecc.). Al fine, poi, di valutare la pervasività del sistema di monitoraggio interno sulla correttezza delle procedure volte all'individuazione di criticità o anomalie, può risultare utile, dal punto di vista dell'OdV, entrare in possesso di dati statistici

circa il numero, la provenienza e la natura delle operazioni per le quali si è provveduto all'inoltro della segnalazione al UIF e verificare, eventualmente a campione, le motivazioni sulle quali si è fondata la decisione di invio della segnalazione, oltre che l'effettivo rispetto dell'obbligo di astensione.

- uso del contante e titoli al portatore (artt. 49-50): l'OdV, in tale ambito, dovrebbe controllare se le procedure interne prevedano misure volte a garantire il rispetto dei limiti al contante e ai titoli al portatore, di procedure e controlli volti a garantire il rispetto dei limiti all'uso di tali mezzi di pagamento, oltre che la previsione di un divieto di utilizzo di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazioni fittizie. Anche in tal caso, sarebbe utile acquisire dati statistici in relazione alle eventuali violazioni riscontrate in un determinato lasso temporale.

Market abuse

Con riguardo ad un settore così specialistico, in assenza di precise linee guida appositamente ritagliate sull'OdV, non può prescindersi dall'esame della cornice normativa di riferimento⁴², onde poter ricavare *a contrario* gli adempimenti che lo stesso dovrebbe opportunamente porre in essere.

Senza avere la pretesa di affrontare in questa sede i contenuti di tale articolata disciplina, basti qui ricordare che il d.lgs 58/1998 (TUF) prevede due ipotesi di reato nell'ambito dei c.d. *market abuse*, a loro volta richiamate dall'art. 25-*sexies* d.lgs. 231/2001: l'abuso di informazioni privilegiate o *insider trading* (art. 184) e la manipolazione del mercato (art. 185). La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 185 TUF, dedicata agli strumenti finanziari quotati o per i quali è stata presentata la relativa richiesta di ammissione, trova il suo *pendant* all'art. 2637 cod. civ., riservato invece agli strumenti finanziari non quotati, cui fa espresso riferimento l'art. 25-*ter* d.lgs. 231/2001.

Nell'ottica di costruire una Parte Speciale del Modello 231 incentrata su tali tipologie di illeciti e di fornire, al tempo stesso, un *drive* operativo all'Organismo, occorre tenere presente le condotte commissive in parola, operando una distinzione tra "*comportamenti*

⁴² Tra le varie fonti di disciplina più rilevanti: Direttiva 2003/6/CE ("MAD"); Regolamento n. 2014/596/UE; direttiva 2014/57/UE ("Mad 2"); d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("TUF"); Regolamento Consob ("Regolamento Emittenti") 14 maggio 1999, n. 1197.

sempre vietati (altrimenti integranti abusi di mercato) e comportamenti sospetti (in quanto potrebbero essere finalizzati a favorire il sorgere di abusi di mercato)”⁴³.

In primo luogo, per quanto riguarda le fattispecie di *insider trading*, sono vietate le seguenti condotte: *“la negoziazione diretta o indiretta (...) di azioni della capogruppo o di altra società del gruppo o di altra società cliente/concorrente, finalizzata a far ottenere alla società un vantaggio; la comunicazione a terzi di informazioni privilegiate ottenute dai rappresentanti della società in ragione della propria posizione al fine di far conseguire alla società un vantaggio; la raccomandazione a terzi o induzione sulla base delle informazioni privilegiate ottenute (...) ad effettuare operazioni di acquisto, vendita o altre operazioni su strumenti finanziari finalizzate a far conseguire un vantaggio per l’ente”⁴⁴.*

Per quanto riguarda le condotte di manipolazione informativa (*information based manipulation*), si è rilevato come le stesse in concreto si sostanzino nella *“diffusione di comunicazioni non veritiere su eventi societari o sulla situazione della società finalizzata ad influenzare i prezzi di titoli quotati sui mercati finanziari (...), di notizie stampa fuorvianti o tendenziose con le quali le società comunicano al mercato l’esistenza di progetti di ristrutturazione anche per il tramite di soggetti non direttamente collegati alla società stessa (...), di studi su società con previsioni di dati e suggerimenti esagerati e/o falsi”⁴⁵.*

Quanto alle fattispecie di *market based manipulation*, invece, il Regolamento 2014/596/UE, che ha abrogato la Direttiva MAD (2003/6/CE) enumera esplicitamente alcune ipotesi tipiche quali: *“a) la condotta di una o più persone che agiscono in collaborazione per acquisire una posizione dominante sull’offerta o sulla domanda di uno strumento finanziario, di contratti a pronti su merci collegati o di un prodotto oggetto d’asta sulla base di quote di emissioni che abbia, o è probabile che abbia, l’effetto di fissare, direttamente o indirettamente, i prezzi di acquisto o di vendita o ponga in atto, o*

⁴³ CASTIELLO M., *Reati di aggiottaggio e market abuse: modelli organizzativi e controlli dell’organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 3/2013, p. 306. Utili riferimenti per ricostruire alcune modalità esemplificative dei reati di abuso di mercato sono contenute nelle seguenti fonti: Consob, *Comunicazione n. DME/5078692*, 29-11-2005, in www.consob.it; Committee of European Securities Regulators (CESR), *Market Abuse Directive. Level 3 - First set of Cesr guidance and information on the common operation of the Directive*, in www.esma.europa.eu.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Consob, *Quaderno di finanza n. 54*, maggio 2013, in www.consob.it, p. 17.

è probabile che lo faccia, altre condizioni commerciali non corrette; b) l'acquisto o la vendita di strumenti finanziari all'apertura o alla chiusura del mercato, con l'effetto o il probabile effetto di fuorviare gli investitori che agiscono sulla base dei prezzi esposti, compresi i prezzi di apertura e di chiusura; c) l'inoltro di ordini in una sede di negoziazione, comprese le relative cancellazioni o modifiche, con ogni mezzo disponibile di negoziazione, anche attraverso mezzi elettronici (...)".

Fissati tali punti cardine, occorre chiedersi quali debbano essere i principi procedurali da far rientrare in un Modello 231 idoneo prevenire i reati di *market abuse*. La società, infatti, non può non dotarsi di una procedura specifica (o in alternativa di più procedure) che preveda almeno i seguenti elementi⁴⁶:

- la definizione di informazione privilegiata e di informazione *market sensitive*, l'identificazione dei soggetti responsabili nonché di regole volte alla tutela della riservatezza dell'informazione;
- la formazione specifica in relazione al quadro normativo disciplinante la materia in esame;
- la gestione del registro delle persone che hanno accesso ad informazioni privilegiate, *ex art. 115-bis TUF*;
- le modalità di comunicazione al mercato dell'informazione privilegiata ai sensi dell'art. 114 TUF: a tal proposito le attività di predisposizione del comunicato stampa dovrebbero prevedere l'intervento di più soggetti, sempre nell'ottica di segregazione dei compiti e delle responsabilità;
- l'individuazione di referenti aziendali deputati alla gestione dei rapporti con i media e, in generale con l'esterno;
- *“la separazione tra le diverse funzioni aziendali mediante l'istituzione di appositi blocchi, organizzativi ed informatici (ad es. separare anche sul piano logistico le diverse funzioni, evitare che tra le diverse aeree vi siano funzioni comuni, ecc.) al fine di prevenire il rischio che l'informazione privilegiata o confidenziale (cd. market sensitive) migri, in maniera incontrollata, verso unità organizzative che possano farne un uso improprio, a danno di un cliente o della trasparenza e funzionalità del mercato stesso (Chinese Walls)”*;
- accorgimenti volti ad evitare la diffusione incontrollata di comunicazioni

⁴⁶ CASTIELLO M., *Reati di aggiottaggio e market abuse*, cit., pp. 309-311.

(rispetto del principio del principio c.d. *need-to-know* nello scambio informativo tra strutture e dipartimenti dell'azienda diversi; divieto di lasciare incustodita la documentazione sensibile; blocco automatico del PC ove lasciato incustodito; ecc.);

- una disciplina del c.d. *internal dealing* (per le società quotate), ovvero “*regole di trasparenza aventi ad oggetto operazioni su azioni di società quotate e strumenti finanziari ad esse collegati compiute da esponenti aziendali delle società medesime (cd. soggetti rilevanti) e/o da persone a questi ultimi strettamente legate (cd. persone strettamente legate ai soggetti rilevanti) e previsione dei relativi obblighi di comunicazione delle operazioni rilevanti alla Consob ed al mercato*”;
- la previsione di limitazioni all'operatività su strumenti finanziari per i quali si sia in possesso di informazioni privilegiate/confidenziali, oltre che un monitoraggio su tale operatività;
- le modalità di segnalazione delle operazioni sospette.

È evidente come un compendio procedurale interno che ricomprenda in sé tutti gli elementi innanzi menzionati segni di riflesso il perimetro delle verifiche dell'OdV. Più nel dettaglio⁴⁷, l'Organismo è tenuto a vigilare sull'osservanza del protocollo di gestione delle informazioni privilegiate, con particolare attenzione alla procedura per la creazione e diffusione dei comunicati stampa, verificando che vi sia una corretta partecipazione da parte dei soggetti designati. Oltre a ciò, si consideri l'importanza di un accertamento sul rispetto delle procedure autorizzative al compimento di operazioni su strumenti finanziari, eventualmente per il tramite di verifiche a campione sulle operazioni in concreto effettuate.

L'OdV deve inoltre sincerarsi che le procedure relative alle aree sensibili siano costantemente aggiornate; infine, assumono rilievo le attività formative aventi ad oggetto la normativa in materia di *market abuse*, in relazione alle quali l'OdV potrebbe rivestire un ruolo proattivo.

Del tutto estraneo alla natura e al ruolo dell'Organismo di Vigilanza, dunque, un potere di ingerenza e di critica sull'operato dei referenti societari, che si sostanzia nella possibilità

⁴⁷ LABIANCA G., *231 e abusi di mercato. Responsabilità delle società quotate, prevenzione degli abusi, modelli organizzativi*, Pacini Giuridica, 2018, pp. 189-190.

“di sindacare i singoli atti di gestione a meno che tale sindacato non sia svolto ai fini della verifica delle eventuali deviazioni rispetto alle procedure interne”⁴⁸.

Tale precisazione non è certo superflua ove si consideri un precedente giurisprudenziale che – pur essendo rimasto un caso isolato dopo aver suscitato notevoli discussioni in chiave critica – merita ora di essere trattato, al fine di delineare con ancora più convinzione i compiti dell’OdV in ambito *market abuse*. Ci si riferisce alla sentenza della Corte di Cassazione che, nell’ambito del ‘caso Impregilo’, a seguito di una ‘doppia conforme’ assolutoria, ha rinviato tutto nuovamente alla Corte d’Appello, enucleando, per quanto qui di interesse, alcune conclusioni in merito ai poteri dell’Organismo di Vigilanza. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che *“se all’organo di controllo non fosse nemmeno concesso di esprimere una dissenting opinion sul ‘prodotto finito’ (rendendo in tal modo, almeno, manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale (...) l’aggiotaggio”⁴⁹.*

Tale affermazione nella sostanza equivale a riconoscere, con riguardo all’aggiotaggio informativo, che l’atto di comunicazione al mercato, firmato dal legale rappresentante dell’ente, debba essere *“ratificato”* anche dall’OdV; con il risultato che, secondo tale impostazione, l’OdV dovrebbe essere tenuto costantemente informato *“su ogni singolo atto di gestione degli amministratori”*. Come autorevolmente – e condivisibilmente – argomentato, è fuori discussione che all’OdV siano attribuite *“funzioni di controllo diretto e totale degli atti di gestione che, semmai, appartengono ai sindaci”*, così come è altresì da escludere (apparendo *“impraticabile e improponibile, specie nelle organizzazioni particolarmente complesse”*) che il necessario flusso informativo verso l’OdV abbracci indistintamente tutti gli atti di gestione⁵⁰.

Ambiente

L’art. 25-*undecies* del Decreto rinvia ad una nutrita serie di reati previsti dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. Ambiente) e dal Codice Penale, quest’ultimo integrato, a seguito della

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez., V, 30.1.2014, n. 4677, in *Le società*, 4/2014, p. 473.

⁵⁰ PALIERO C.E., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione. Occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 4/2014, p. 476.

riforma apportata dalla L. 22 maggio 2015, n. 68, con l'introduzione dei c.d. ecoreati di inquinamento ambientale, disastro ambientale, traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, impedimento del controllo e omessa bonifica.

Ai fini dell'elaborazione di un sistema di gestione ambientale (SGA) che sia anche idoneo a prevenire i reati previsti dal Decreto, è fondamentale in questo, così come d'altronde in tutti gli altri settori, l'identificazione e la valutazione dei rischi. Si noti, tuttavia, come la materia sia estremamente complessa sotto il profilo sia normativo che 'fenomenologico' (a livello di impatto ambientale e di tipologia delle condotte offensive del bene giuridico). In primo luogo, infatti, i reati di cui trattasi, nella pratica, sono per lo più integrati da condotte omissive di natura colposa sussumibili non solo nei processi del *core business*, ma anche nei processi di supporto dei primi: ciò comporta, quindi, la partecipazione e il coinvolgimento di soggetti esterni all'ente, come consulenti e fornitori nonché di diverse funzioni aziendali (o, eventualmente, di funzioni appartenenti alle società del gruppo che si occupino di fornire particolari servizi sensibili quali, ad esempio, acquisti, *auditing*, produzione di scritture ambientali obbligatorie, direzione di cantieri, attività di bonifica di siti contaminati); in secondo luogo, pur coincidendo il titolare della responsabilità penale con il vertice aziendale, di solito le violazioni sono commesse materialmente dai soggetti sottoposti⁵¹. L'operazione di *risk assessment*, quindi, assume inevitabilmente connotati peculiari, richiedendo che siano presi in considerazione non solo i "*processi tipici che pongono rischi immediati in campo ambientale (ossia, quelli legati alla produzione ed alla gestione degli aspetti ambientali diretti), ma anche sui processi 'sentinella' che, situandosi a monte o in posizione collaterale rispetto ai primi, consentono di rilevare indicatori o dati significativi e di svolgere controlli incrociati (si pensi, ad esempio agli acquisti, ai pagamenti, alla gestione dei cespiti e del magazzino, ai servizi informativi, ai servizi legali)*"⁵².

In proposito, assumono altresì rilevanza i sistemi di gestione ambientale conformi agli *standard* internazionali fissati dalla ISO 14001 e dal Regolamento 2009/1221/CE (c.d. EMAS). Tra questi ultimi e il Modello 231 sussiste un rapporto di integrazione, a parte alcune intrinseche differenze date nella sostanza dal fatto che i primi consentono di

⁵¹ AODV231, *Position Paper, Attività dello.d.v. e reati di cui all'art. 25 undecies D. Lgs 231/01 – Reati ambientali*, 2.01.2017, in www.aodv231.it.

⁵² CHILOSI M., *L'o.d.v. e la prevenzione dei reati ambientali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2017, p. 61.

“tenere sotto controllo gli impatti ambientali delle proprie attività” mentre il secondo “permette in più di ridurre il rischio di commettere reati ambientali, spingendo l’indagine verso aree di interesse o vantaggio per l’organizzazione”⁵³. Fatta tale premessa, non è superfluo rilevare che qui, così come in ambito di salute e sicurezza, il conseguimento di una certificazione impone comunque all’Organismo di Vigilanza di compiere controlli diretti sui processi aziendali al fine di verificare il grado di *compliance* degli stessi ai fini 231⁵⁴.

In tale ottica, l’OdV deve ricevere flussi informativi, supportati da idonea documentazione attestante i contenuti degli stessi, in relazione ai seguenti aspetti⁵⁵:

- analisi iniziale dei rischi ambientali e/o modifiche delle risultanze del *risk*

⁵³ GRIECO M., *L’adeguato controllo dell’o.d.v. sul contenuto dei flussi informativi rilevanti in materia ambientale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2016, p. 49.

⁵⁴ CHILOSI M., *L’o.d.v. e la prevenzione dei reati ambientali*, cit., p. 66. Il monitoraggio costante sulle procedure interne da parte dell’OdV appare fondamentale, nonostante l’esistenza di un sistema di gestione ambientale certificato, soprattutto in ragione del fatto che il conseguimento della certificazione, in alcuni marginali casi, è ammissibile pur in presenza di “*non conformità*” che, però, potrebbero costituire il fondamento di un reato presupposto. Nello specifico, l’autrice “*fa riferimento a ipotesi di non conformità «condizionate», che ricorrono allorché l’ente abbia presentato tempestivamente all’autorità competente un’istanza di autorizzazione e questa, nonostante il decorso dei termini di conclusione del procedimento legislativamente previsti e in presenza di un assiduo «controllo» della pratica, non abbia rilasciato il provvedimento richiesto: in detta ipotesi, l’esigenza di prevenire indebite discriminazioni «territoriali» tra aziende, porta a bypassare una simile non conformità – che assume un carattere meramente formale – accettando che l’ente eserciti la propria attività sub condizione (ossia, in attesa del provvedimento autorizzatorio e in costanza degli altri requisiti di legge). In diversa ottica, il rilascio o il rinnovo della certificazione è subordinato alla sussistenza di una non conformità «qualitativamente non rilevante», concernente, cioè, violazioni di requisiti di natura tecnica, operativa e analitica accidentali ed episodiche, dinanzi alle quali il sistema di gestione ambientale offra solide garanzie in termini di capacità di reazione (ad esempio, mediante la tempestiva apertura di una non conformità, l’identificazione di azioni correttive nell’ambito di un cronoprogramma di adeguamento, nonché la piena «trasparenza» nei rapporti con le autorità di controllo). Peraltro, è opportuno segnalare che la possibile obliterazione – ai fini e per gli effetti di certificazione del sistema, secondo la casistica sopra riportata – delle eventuali violazioni di legge lascia impregiudicata la loro rilevanza sotto il profilo penale (salvo eccezioni tassativamente determinate), sicché il mero conseguimento o mantenimento della certificazione ISO 14001 o EMAS non avrà rilievo assorbente – nella prospettiva di vigilanza dell’OdV – ai fini della valutazione di adeguatezza dell’organizzazione aziendale rispetto al rischio di commissione dei reati ambientali. In tale ottica, pertanto, l’attestazione circa il possesso del certificato di «conformità» agli standard di settore rappresenta soltanto il «primo passo» di un più ampio processo di valutazione che, previo attento vaglio dei contenuti dei verbali di verifica dell’Organismo di Certificazione, formuli un giudizio circa la sussistenza di una fattispecie di reato (ovvero di un mero rischio della stessa), a fronte del quale scatterebbero gli oneri di analisi, di informazione e di adeguamento della *compliance* aziendale”.*

⁵⁵ *Ibidem*; cfr. anche AODV231, *Position Paper, Attività dello.d.v. e reati di cui all’art. 25 undecies* 231, cit., pp. 58-59.

assessment;

- cambi e aggiornamenti della politica ambientale e della pianificazione degli interventi migliorativi;
- modifiche al sistema di deleghe in materia ambientale e nomine dei soggetti aventi ruoli nell'ambito del sistema di gestione ambientale;
- esiti delle attività di *audit* effettuate internamente;
- gestione dei rapporti con l'ente certificatore e risultanze delle attività di verifica periodica condotta da quest'ultimo;
- verifica di eventi rilevanti sotto il profilo dell'impatto ambientale (incidenti, ecc.) e segnalazione di non conformità ambientali;
- *follow-up* in merito allo stato di avanzamento delle azioni correttive e preventive implementate a seguito dell'emersione di criticità o non conformità evidenziate durante la normale sorveglianza o in sede di *audit*;
- conclusioni raggiunte all'esito dell'attività di riesame periodico;
- attività formative rivolte ai dipendenti in materia ambientale;
- gestione della documentazione necessaria ai fini degli adempimenti ambientali (registrazioni, ecc.);
- modifiche legislative rilevanti (ai fini di un eventuale adeguamento delle procedure interne) e avvio di pratiche autorizzative con implicazioni sul piano dei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

Con specifico riferimento alle deleghe di funzioni in materia ambientale, sulla quale è consigliabile, come detto sopra, che l'OdV svolga controlli periodici, la giurisprudenza ha avuto modo di soffermarsi, enucleando alcuni principi fondamentali. In particolare, in un caso concernente una contestazione ambientale rivolta anche nei confronti di un ente⁵⁶, si è affermato che per poter attribuire rilevanza penale all'istituto della delega di funzioni, è necessaria la compresenza delle seguenti condizioni: “a) la delega deve essere puntuale ed espressa, con esclusione in capo al delegante di poteri residuali di tipo discrezionale; b) il delegato deve essere tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato per lo svolgimento del compito affidatogli; c) la delega deve riguardare non solo le funzioni ma anche i correlativi poteri decisionale e di spesa; d) l'esistenza della delega deve essere giudizialmente provata in modo certo”. Pare particolarmente interessante la pronuncia in

⁵⁶ Ivi, pp. 24-29; cfr. Cass. Pen., Sez. III, 24.2.2017, n. 9132, in *www.dejure.it*.

esame, soprattutto poiché pone l'accento sull'esistenza di una delega sprovvista dei requisiti appena menzionati quale prova decisiva circa l'assenza di un Modello efficacemente attuato e idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello in concreto realizzatosi. Da ciò si desume l'importanza di una puntuale attività di verifica in tal senso da parte dell'OdV.

5. La Documentazione dell'OdV

Come noto, con specifico riferimento ai reati commessi dai soggetti in posizione apicale, è necessario che l'Ente provi l'adeguatezza del Modello sotto il profilo dell'effettiva vigilanza, da parte dell'OdV, sul funzionamento e l'osservanza dello stesso.

Da tale premessa deriva la necessità che le attività dell'OdV siano documentate secondo modalità tali da comprovare lo svolgimento, in concreto, di sufficienti e costanti verifiche continuative.

Ecco quindi che uno dei principi fondamentali che deve reggere la funzione di vigilanza dell'OdV è la c.d. tracciabilità. Sul punto, sono univoche le direttive delle principali associazioni di categoria: *“l'OdV è tenuto a curare la conservazione e la tracciabilità della documentazione inerente alle attività svolte, anche al fine di poter comprovare la continuità delle attività di vigilanza, laddove richiesto in sede giudiziale. Le verifiche devono essere svolte tramite un approccio professionale e sistematico che dovrà consentire, all'occorrenza, un'agevole ricostruzione dei fatti ex post”*⁵⁷.

L'esigenza di 'cristallizzare' le attività effettivamente svolte dall'OdV risiede in un duplice ordine di ragioni, una a valenza interna e l'altra a valenza esterna.

Da una parte, quindi, il 'lasciare traccia' è funzionale a fornire una base di supporto di cui l'OdV possa servirsi per la valutazione delle risultanze dell'attività svolta, anche nell'ottica della pianificazione e del *reporting* periodico verso i vertici aziendali: *“le carte di lavoro pertanto devono registrare le informazioni ottenute e le analisi svolte durante l'incarico e devono costituire la base per le osservazioni e le raccomandazioni”*⁵⁸. L'OdV, dunque, deve poter formulare, sulla base del lavoro svolto, le proprie conclusioni da sottoporre all'organo dirigente dell'Ente.

⁵⁷ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, *Principi consolidati*, cit., p. 35.

⁵⁸ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 188.

Oltre a ciò si consideri che, nell'inevitabile avvicinarsi di diversi componenti, allo scadere dell'incarico, chi subentra deve trovarsi nelle condizioni di disporre di una base di partenza, per porsi in continuità rispetto ai propri predecessori o, in alternativa, per apportare correttivi qualora, dalla documentazione disponibile, l'attività fino a quel momento svolta dovesse apparire carente.

Sotto l'altro profilo, il 'lasciare traccia' è fondamentale per semplificare la revisione da parte di soggetti terzi; ciò sempre in virtù degli standard internazionali maturati in ambito di *internal auditing*⁵⁹. È evidente come tali concetti siano perfettamente applicabili anche all'ambito che ci occupa, nell'ottica di un eventuale giudizio penale avente ad oggetto l'omessa o negligente vigilanza da parte dell'OdV. Tale giudizio, infatti, è per definizione basato sul metodo della c.d. prognosi postuma, ponendosi a valle sia della commissione del reato che delle attività svolte dall'OdV stesso durante il proprio mandato.

5.1. I verbali e la relazione periodica

Soffermandoci ora su tali due tipologie di "documentazione", si rileva come il "libro dei verbali" debba essere istituito all'indomani della nomina e del relativo insediamento. Nei verbali si riepiloga, in forma sintetica, il contenuto delle discussioni e delle delibere assunte, nonché degli incontri intrattenuti con soggetti terzi. All'interno dei verbali devono trovare spazio anche le considerazioni svolte circa la documentazione fornita da referenti societari ed esaminata dall'OdV.

Si sottolinea come l'istituzione di un libro dei verbali sia fondamentale anche per l'OdV monocratico, rappresentando l'unico mezzo per conservare adeguata prova dei soggetti con cui l'unico componente abbia intrattenuto rapporti, delle analisi effettuate, dei documenti e delle segnalazioni trasmesse nonché delle conclusioni e delle determinazioni assunte⁶⁰.

Quanto alle modalità di redazione dei verbali, è possibile formulare alcuni spunti operativi di massima, tenendo a mente come la 'forma', spesso, diventi essa stessa 'sostanza', dal punto di vista esterno di chi si dovesse trovare ad esaminare la documentazione in

⁵⁹ Associazione Italiana *Internal Auditors*, *Standard internazionali e Guide interpretative per la pratica professionale dell'internal auditing*, Standard 2330 – *Documentazione delle informazioni*, www.aitiaweb.it.

⁶⁰ AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., p. 9.

questione. È opportuno, innanzitutto, suddividere ciascun verbale in sezioni o capitoli, esplicitando gli orari, i partecipanti alla riunione o alla *conference call* nonché l'ordine del giorno (OdG). Quest'ultimo potrebbe avere, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, una struttura simile alla seguente, rispecchiando inevitabilmente il piano delle attività: “a) aggiornamenti normativi in tema 231; b) aggiornamento sul piano delle verifiche programmato semestralmente o annualmente; c) aggiornamento del Modello 231; d) disamina dei flussi informativi/segnalazioni/schede di verifica proveniente dalla società; e) intervista fatta ad uno dei dipendenti e/o fornitori della società; f) formazione in ambito 231; g) sanzioni comminate dalla società in ambito 231; g) varie ed eventuali; h) raccomandazioni dell'OdV alla società”⁶¹.

È chiaro che non tutti i punti dell'OdG potranno trovare spazio all'interno della riunione e del relativo verbale, anche perché non è poi detto che la situazione concreta renda necessario trattarli ogni qual volta i componenti dell'OdV si incontrino (soprattutto nel caso di una prassi connotata da una accentuata assiduità); tuttavia, tutti i temi sopra esposti dovrebbero, almeno, essere presi in considerazione prima di ogni riunione, per garantirne comunque la trattazione nel corso dell'anno.

Fondamentale, nell'ottica di dimostrare in un secondo momento l'approccio di un OdV attivo e non ripiegato su se stesso, è la parte del verbale in cui si dà atto che quest'ultimo ha formulato raccomandazioni nei confronti della società o dei responsabili di funzione con cui abbia avuto modo di interfacciarsi: tale tipo di istanze può andare dall'indicazione di novelle legislative che renderebbero necessario l'aggiornamento del MOG alla semplice richiesta di documenti integrativi volti a consentire all'OdV di esaminare più nel dettaglio una data circostanza, la ricezione e l'avvenuto esame dei quali, peraltro, dovrebbe essere riportata in un verbale successivo. Volendo esemplificare, in caso di finanziamenti richiesti alla Pubblica Amministrazione, l'OdV potrebbe avvertire l'esigenza di richiedere copia delle istanze, delle comunicazioni intervenute con gli esponenti di riferimento e delle determinate dirigenziali poste alla base dell'erogazione dei fondi pubblici; nell'eventualità di un accesso ispettivo di un organo accertatore, è

⁶¹ Un utile contributo sul punto, connotato da un approccio altamente pratico, è rappresentato da VACIAGO G., *Il ruolo dell'organismo di vigilanza tra prassi operativa e profili di responsabilità*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 4/2017, pp. 87-92.

consigliabile che l'OdV espliciti l'intenzione di essere tenuto costantemente aggiornato sugli sviluppi.

Occorre tuttavia notare che “*i verbali delle riunioni dell'Organismo di Vigilanza rappresentano in realtà soltanto la parte più visibile della documentazione prodotta*” dall'OdV stesso: i verbali, infatti, non sono altro che la sintesi di un processo articolato che solitamente presuppone tutti i documenti che l'OdV ha dovuto analizzare nel corso delle proprie verifiche⁶². Ci si riferisce alla tematica degli “*allegati*”, sulla quale merita soffermarsi per sgomberare il campo da alcuni possibili fraintendimenti. Come correttamente rilevato, si assiste sempre più spesso alla prassi di predisporre verbali contenenti “*un volume decisamente elevato di documentazione di natura tecnica non sempre di immediata comprensione per un membro dell'OdV*” privo di competenze specifiche. Alla luce di tale constatazione, pare cruciale avvalersi di consulenti esterni, oltre che “*chiedere i necessari chiarimenti ai responsabili di funzione che hanno redatto il documento, eventualmente convocandoli alla riunione stessa e, in un secondo luogo, selezionare attentamente la documentazione che proviene dai flussi informativi o dalle schede informative, in modo tale da decidere volta per volta quale merita di essere allegata al verbale, in quanto effettivamente pertinente al tema 231*”⁶³. Ciò, a parere di chi scrive, con l'evidente finalità di evitare che l'allegazione di un dato documento si ritorca contro l'Organismo stesso, potendo indurre a ritenere che quest'ultimo lo abbia effettivamente valutato in maniera adeguata. Infatti, risulterebbe difficile dimostrare l'effettività della vigilanza, qualora emerga a posteriori che l'OdV, se avesse correttamente valutato alcune risultanze, avrebbe senza dubbio potuto identificare una situazione ‘patologica’ ai sensi del d.lgs. 231/2001 meritevole di segnalazione ai vertici o agli altri organi societari.

Con riferimento alla relazione periodica dell'OdV all'organo amministrativo (consiglio di amministrazione, amministratore unico) e all'organo di controllo (collegio sindacale, sindaco unico), si sottolinea come quest'ultima, sempre secondo le linee guida elaborate in materia di *internal audit*, attenga alla fase della “*comunicazione dei risultati*”⁶⁴ (cfr. *supra*, par. 2).

⁶² GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., pp. 190-191.

⁶³ VACIAGO G., *Il ruolo dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 90.

⁶⁴ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 179.

Trattasi nello specifico di una “*relazione informativa riguardante le attività di verifica e controllo compiute e l’esito delle stesse (...)*”⁶⁵; la stessa deve avere cadenza “*almeno semestrale*”, ma nella prassi spesso si opta per un’attività di *reporting* annuale, alla luce delle dimensioni dell’Ente e della frequenza e complessità delle verifiche poste in essere. L’opzione semestrale o annuale va rispecchiata nel Modello e, eventualmente nel Regolamento di funzionamento.

La relazione, solitamente elaborata in forma scritta, ben può essere esposta oralmente, in occasione di una delle sedute degli organi sopra menzionati⁶⁶. Anche in tale ultima ipotesi pare preferibile che l’OdV fornisca comunque ai destinatari della stessa adeguato supporto scritto, onde poter formare oggetto di valutazione da parte degli stessi e comprovare l’assolvimento dell’obbligo di *reporting* da parte dell’OdV.

Nonostante non sia dato rinvenire prescrizioni assolute in tal senso, tra i contenuti minimi della relazione possono annoverarsi i seguenti: oltre a un sintetico riepilogo delle attività di vigilanza in concreto svolte dall’OdV e a segnalazioni delle accertate violazioni del Modello, anche eventuali proposte “*per gli eventuali aggiornamenti ed adeguamenti*” del MOG che dovessero rendersi necessari a seguito di sostanziali violazioni dello stesso, significative modifiche organizzative della struttura e/o dell’operatività societaria o modifiche legislative rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001, , cosicché l’organo dirigente possa assumere i consequenziali provvedimenti ⁶⁷. Benché tali ultimi aspetti non siano menzionati espressamente dalle Linee Guida di Confindustria con riferimento ai contenuti della Relazione periodica, bensì con riguardo ai compiti dell’OdV, si ritiene che la relazione debba incentrarsi anche su tali aspetti, che rappresentano il ‘cuore’ dell’attività dell’OdV e, pertanto, fisiologicamente destinati a rientrare nell’oggetto del *reporting* periodico.

Peraltro, si sottolinea come sia consigliabile che le informative all’organo dirigente riguardanti l’opportunità di modificare il Modello organizzativo e/o la segnalazione di importanti violazioni dello stesso, siano contraddistinte da “*tempestività*”⁶⁸. Per tale

⁶⁵ Confindustria, *Linee Guida*, cit, p. 61.

⁶⁶ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 179.

⁶⁷ Linee Guida Confindustria, cit., p.

⁶⁸ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 180. Cfr. anche *Associazione Italiana Internal Auditors, Standard internazionali e Guide interpretative per la pratica professionale dell’internal auditing, Standard 2420 - Qualità della comunicazione*, in www.aitiaweb.it: “(...) Una comunicazione tempestiva è puntuale e opportuna nei tempi, in funzione della significatività del problema, e

ragione, non pare opportuno che l'OdV attenda la scadenza del termine semestrale o annuale per informare i vertici societari, dovendo prontamente sollecitare interventi in tal senso anche attraverso altri canali (comunicazione via e-mail o in occasione di apposita riunione). In tale ottica, il *reporting* periodico assolverà alla semplice funzione di ricapitolare in una sede 'istituzionale' gli input provenienti dall'OdV, nell'eventualità in cui l'organo preposto, per le ragioni più disparate, non si sia dimostrato solerte nel recepirli *in itinere*.

5.2. La conservazione della documentazione

La documentazione dell'OdV è di "*strategica importanza nella dimostrazione della propria diligente vigilanza e non dev'essere dispersa in alcun modo e anzi deve trovare luogo fisico (o elettronico) di ordinata conservazione*⁶⁹".

Il piano delle attività può rappresentare uno dei documenti formali di maggior interesse per l'Autorità Giudiziaria: lo stesso, infatti, rispecchia l'approccio metodologico seguito dall'OdV nel corso dell'incarico e rappresenta il termine di paragone in base al quale giudicare l'azione dell'Organismo e i risultati conseguiti; in ragione di ciò, può essere interpretato quale "*indice di riconoscimento di due dei presupposti che fondano l'esimente da responsabilità (...): la non insufficiente vigilanza e la non continuità di azione dell'OdV*"⁷⁰.

Non essendovi alcuna indicazione normativa a proposito delle modalità di tenuta della documentazione dell'Organismo, è agevole concludere che la stessa non sia soggetta alla speciale disciplina che il codice civile dedica ai libri societari. Pertanto, non incombe alcun obbligo in capo all'OdV circa la conservazione della stessa all'interno della società, la trascrizione su appositi registri o, ancora, la data certa⁷¹.

Nonostante quanto sopra, nell'eventualità che l'autorità giudiziaria richieda di esibire i verbali, sarebbe opportuno adottare una modalità di archiviazione degli stessi che consenta di apporre una data certa, onde poter dare prova di come la vigilanza sia stata

consente al management di intraprendere opportune azioni correttive".

⁶⁹ GENNARO V., *La documentazione delle attività*, cit., p. 191.

⁷⁰ GHINI P., FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV*, cit., p. 298.

⁷¹ VACIAGO G., *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 91.

continua ed effettiva e non solo ‘di facciata’⁷². Utile a tal fine può essere, a nostro parere, la condivisione dei verbali, tra i componenti, attraverso lo strumento della posta elettronica, oltre che la stampa degli stessi su un libro vidimato da un notaio; ciò anche per fugare qualsiasi dubbio circa la genuinità dei documenti e per garantire gli stessi componenti dell’OdV dai rischi di ‘interpolazioni’ indesiderate,

Del resto non può sfuggire come, qualora risultassero discrepanze tra le copie cartacee e quelle digitali salvate su file *word*/PDF o, ancora, emergesse che le seconde siano state create a grande distanza dalla ricezione di un flusso informativo o dallo svolgimento di un determinato controllo o che siano state tutte elaborate in un medesimo lasso di tempo ristretto, ciò potrebbe ingenerare nell’organo accertatore il fondato sospetto che la vigilanza sia stata superficiale o inesistente e che i verbali siano stati addirittura creati *ad hoc*.

Per ciò che concerne il luogo di archiviazione, si è suggerita la predisposizione di un doppio binario cartaceo e informatico, servendosi sia di un registro fisico di immediata consultazione che di una “repository on line (*eventualmente sfruttando un servizio cloud*) *che consenta di condividere (n.d.r.: e conservare) in modo efficiente la documentazione tra i membri dell’OdV*”⁷³.

Benché la prassi ammetta di fatto la tenuta della documentazione dell’OdV anche presso gli uffici societari⁷⁴, non si condivide tale impostazione, apparendo preferibile affidare tale incumbente al componente esterno; è evidente come il rischio di manipolazione dei verbali aumenti in presenza di fattori ‘ambientali’ quali la diretta esposizione del componente interno alle possibili pressioni provenienti ‘dall’alto’. Qualora, invece, si ritenesse di optare per la soluzione di conservare i libri dell’OdV presso la sede societaria, è fondamentale disciplinare nel regolamento di funzionamento, in modo ancor più rigoroso del solito, le responsabilità del componente interno circa le modalità di tenuta e i soggetti autorizzati ad accedervi, anche con l’obiettivo di responsabilizzare il soggetto incaricato di gestire questo materiale tanto cruciale.

⁷² *Ivi*, p. 92.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

6. La ‘tenuta’ del MOG in relazione all’attività dell’OdV

Da quanto sopra esposto appare evidente la centralità dell’Organismo di Vigilanza ai fini della dimostrazione dell’efficace attuazione del Modello organizzativo. Per andare esente da responsabilità, infatti, l’ente deve provare che l’attività di vigilanza non abbia patito omissioni o insufficienze, così come statuito dall’art. 6 co. 1 lett. d) del Decreto.

Come detto, risulta però assai difficile provare la solidità e funzionalità del Modello o, detto altrimenti, garantire la sua ‘tenuta’, ove non si disponga di un idoneo compendio documentale che renda possibile ricostruire le attività di vigilanza effettivamente svolte da parte dell’OdV.

Infatti, dalla documentazione puntualmente predisposta dall’Organismo nel corso del suo mandato, è possibile trarre importanti elementi sulla base dei quali giudicare il suo concreto operato.

I criteri di valutazione in tal senso sono sia qualitativi che quantitativi. Sotto il primo profilo, così come autorevolmente sottolineato, occorre tenere particolarmente in considerazione, tra gli altri, *“la bontà del piano delle verifiche annuali, l’accuratezza adoperata nel vaglio delle informazioni ricevute, l’iniziativa istruttoria per reperire e/o richiedere quelle reputate necessarie ancorché non spontaneamente fornite dai responsabili di area, l’attenzione riservata alla formazione del personale e quella rivolta all’aggiornamento del modello”*⁷⁵. Similmente si è rilevato come un OdV che, in un anno, *“non abbia mai promosso un’attività formativa o delle verifiche sui processi sensibili maggiormente a rischio in ottica 231, difficilmente potrà dimostrare di aver rispettato i requisiti di effettività del controllo e di continuità d’azione richiesti per l’applicazione dell’esimente prevista dall’art. 6 d.lgs. 231/2001”*⁷⁶.

Per quanto riguarda, invece, il profilo quantitativo, assume primaria rilevanza il numero di riunioni tenute nel corso dell’anno e la regolarità delle verifiche realizzate, anche in relazione a quanto originariamente previsto nel piano delle attività: ciò al fine di dimostrare quella continuità d’azione che, lo ricordiamo, è requisito fondamentale che deve contraddistinguere l’attività dell’Organismo. In proposito, sempre una voce autorevole ha sostenuto che *“anche se non è possibile stabilire un numero minimo (valido*

⁷⁵ BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 159.

⁷⁶ VACIAGO G., *Il ruolo dell’Organismo di Vigilanza*, cit., p. 89.

*per tutte le realtà) (...), una frequenza attestata su una o due occasioni annuali (...) sia la cartina di tornasole di una vigilanza inesistente*⁷⁷.

La giurisprudenza pare applicare proprio i criteri di cui sopra nel valutare l'attività dell'Organismo di Vigilanza, con pesanti ricadute in termini di giudizio circa l'efficacia del Modello. In una nota pronuncia, già citata in questa sede con riguardo ad altri aspetti⁷⁸ (cfr. *supra* cap. I, par. 3.2.2.), si è puntata l'attenzione sull'OdV in maniera alquanto penetrante.

Al fine di cogliere la portata delle osservazioni svolte dalla Corte d'Appello prima e avvallate dalla Suprema Corte poi, giova qui ripercorrere per sommi capi la vicenda sottesa alla sentenza di cui trattasi⁷⁹. Tale vicenda riguardava un complesso ciclo finanziario finalizzato a conseguire in modo fraudolento i finanziamenti alle imprese erogati da Simest, società del Gruppo Cassa Depositi e Prestiti che opera per conto e su concessione del Ministero dello Sviluppo Economico, al fine di sostenere la crescita delle imprese italiane e l'internazionalizzazione della loro attività. Tra le società coinvolte nella truffa, due in particolare erano riconducibili al medesimo gruppo (Riva Fire S.p.A.): una società di diritto italiano (Ilva S.p.a.) e una società elvetica (Ilva SA). La prima, con il ruolo di esportatore nazionale, aveva conseguito materialmente l'erogazione da parte di Simest (cento milioni di euro in cinque anni di operatività), per l'operazione di – apparente – esportazione, incentivata per l'appunto con tali fondi pubblici. La seconda, non realmente operativa e sottoposta al totale controllo dei soggetti a cui faceva capo anche la *holding*, sarebbe invece stata costituita al solo fine di figurare quale importatore estero agli occhi di Simest. Nell'impostazione accusatoria, poi confermata dalla Corte di Cassazione, gli imputati, attraverso una serie di complesse operazioni, avrebbero dunque tratto in inganno lo Stato Italiano, inducendolo a sostenere, attraverso Simest, il finanziamento dei crediti praticati dalla società esportatrice italiana a favore della società acquirente estera. Tali fatti hanno portato alla condanna di tutte le persone fisiche con ruoli apicali nelle società coinvolte, per i reati di cui agli articoli 416 e 640-*bis* cod. pen. (Associazione per delinquere e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), nonché all'affermazione della responsabilità della società capogruppo (unica

⁷⁷ BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 159.

⁷⁸ Cass. Pen., Sez. II, 27.9.2016, n. 52316, in www.dejure.it.

⁷⁹ cfr. FEDERICI F., *La responsabilità della società capogruppo ex d.lgs. 231/2001*, 5 giugno 2017, in www.aodv231.it.

imputata tra le società coinvolte), ai sensi degli articoli 5 comma 1, lett. a), 21, 24 comma 1 e 2, 39 del d.lgs. 231/2001, in relazione al reato di truffa aggravata commesso in seno alla società controllata di diritto italiano.

Secondo quanto affermato testualmente nel capo di imputazione *“l'organismo previsto dall'art. 6, lett. b) ometteva di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi non avendo mai approfondito la gestione dei contributi percepiti dallo Stato tramite SIMEST, essendosi limitato ad una fugace audizione in data 30.6.2011 del ragioniere M.A. che in quattro righe di verbale spiegava essere percepiti contributi ai sensi del D.Lgs. n. 143 del 1998 (ex Legge Ossola), omettendo per contro l'organo di vigilanza di chiedere qualsivoglia informazione su tale operatività pur in presenza di un'attività identificata dai modelli organizzativi come un'area tipicamente a rischio, omettendo di richiedere, conformemente alle prescrizioni dei modelli organizzativi di R. FIRE S.p.A. che fosse individuato per detta specifica operatività un apposito responsabile, e quindi ignorando l'organo di vigilanza come fossero destinati i contributi, perché fossero percepiti tramite ILVA SA, quale struttura gestionale avesse ILVA SA, rendeva possibile che R.E. e R.F., amministratori di R. FIRE S.p.A., unitamente al dirigente apicale A.A., in concorso con i soggetti indicati nel capo di imputazione (sopra descritto) ex artt. 81 cpv. e 640 bis c.p., art. 61 c.p., n. 7, nelle qualità sopra descritte, commettessero nell'interesse e a vantaggio della medesima società il delitto di cui al capo b), conseguendo l'ente un profitto di rilevante entità”*.

La Corte d'Appello ha evidenziato come il controllo delle aree a rischio di commissione di reati relativi ai rapporti con la pubblica amministrazione richiedesse iniziative delle quali non è stato dato rinvenire traccia in relazione ai finanziamenti erogati da Simest. Si è registrata un'unica riunione dell'OdV avente ad oggetto l'operatività di di Ilva SA e per di più a distanza di anni dall'avvio del meccanismo di finanziamento: nel corso di tale riunione l'OdV ha preso semplicemente atto dell'esistenza di un accordo *inter-company* con la *holding* e di un documento avente ad oggetto il finanziamento di Simest, senza mai essersi *“posto il problema”* della regolarità delle operazioni sopra descritte.

Tali argomentazioni non fanno altro che sottolineare l'esigenza di un elevato grado di approfondimento nell'esame dei flussi informativi compiuto dall'OdV. Non può non ribadirsi tuttavia come il presupposto di una vigilanza obbiettiva e penetrante debba essere pur sempre rappresentato, 'a monte', dalla nomina di un Organismo di Vigilanza

autonomo e indipendente dai vertici aziendali (la qual cosa, si noti, non sussisteva minimamente nel caso giurisprudenziale sopra esaminato). Ove non vengano rispettati questi due requisiti, infatti, è altamente probabile che si creino circoli viziosi tali da svuotare completamente di significato il ruolo dell'OdV, frustrandone in radice ogni capacità – se non, addirittura, ogni ‘volontà’ – di contribuire a realizzare un Modello rispettoso dei requisiti previsti dal Decreto.

**PARTE II – LE FORME DI RESPONSABILITA’
DELL’ORGANISMO DI VIGILANZA**

CAPITOLO III – LA RESPONSABILITA' DI FIGURE SOCIETARIE DIVERSE DALL'ODV

SOMMARIO: 1. I paradigmi di responsabilità penale astrattamente configurabili. - 1.1 Il concorso mediante omissione ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen. - 1.1.1. Le posizioni di garanzia e l'obbligo di impedire il reato commesso da altri. - 1.2. La cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 cod. pen. - 2. Gli amministratori senza deleghe. - 3. I sindaci. - 4. Il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione.

1. I paradigmi di responsabilità penale astrattamente configurabili

Nell'avvicinarci gradualmente al tema centrale del presente lavoro, pare imprescindibile compiere una ricognizione dei paradigmi di responsabilità penale ipotizzabili con riguardo ad alcune figure societarie aventi funzioni di controllo e compiti di individuazione dei rischi. Ciò appare particolarmente utile, al fine di poter condurre, anche in un'ottica comparativa, la disamina dei possibili profili di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza.

A prescindere dall'addebito di responsabilità per un reato doloso secondo le regole generali del concorso di persone ai sensi dell'art. 110 cod. pen. – che appare pacifico laddove si accerti che un soggetto, a prescindere dal ruolo formalmente ricoperto, abbia prestato un contributo attivo (materiale o morale) causalmente rilevante alla realizzazione di un reato da parte di altri – vi sono ulteriori paradigmi che vengono in rilievo per quanto qui di interesse, anche in virtù delle peculiari problematiche connaturate agli stessi e dei conseguenti dubbi sollevati in proposito dalla dottrina.

Ci si riferisce, in particolare, al concorso omissivo nell'altrui reato commissivo e alla cooperazione colposa, che verranno di seguito esaminati sinteticamente senza pretese di esaustività, al solo fine di poter disporre di una lente attraverso cui esaminare le specifiche questioni relative all'Organismo di Vigilanza.

1.1. Il concorso mediante omissione ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen.

In generale, la responsabilità omissiva presenta una particolare complessità dovuta al fatto di essere legata alla violazione di un comando di agire, che, tra tutte le tipologie di

comando, appare essere quello più intrusivo rispetto alla sfera delle libertà individuale e, per ciò stesso, bisognoso di uno “speciale fondamento di legittimazione”⁸⁰.

Sebbene in dottrina si sia sottolineata la natura normativa dell’omissione, consistente in un “non fare ciò che è dovuto”, c’è anche chi ha precisato come la stessa non si riduca ad un “nulla” privo di “sostanza naturalistica o fattuale”, risultando essere al contrario un dato empirico verificabile⁸¹.

Il reato omissivo si presenta come un reato c.d. proprio, sorgendo l’obbligo di attivarsi in capo ad un soggetto che rivesta uno specifico ruolo idoneo a istituire un rapporto di tutela con particolari interessi facenti capo ad altri individui o alla collettività.

Tralasciando il reato omissivo “puro”, che si sostanzia nella mera trasgressione di un comando di agire, senza che, per l’integrazione dello stesso, sia necessaria la produzione di alcuna ulteriore conseguenza (il caso classico è rappresentato dall’omissione di soccorso di cui all’art. 593 cod. pen.), ci si soffermerà sul reato omissivo improprio (o “reato commissivo mediante omissione”, che dir si voglia).

Quest’ultimo si sostanzia nella violazione di un comando di agire posto al fine di impedire il verificarsi di un determinato evento. Si noti come tendenzialmente non esistano norme incriminatrici di parte speciale volte a descrivere le omissioni penalmente rilevanti⁸², a differenza di quanto accade per le fattispecie commissive: il reato omissivo improprio, infatti, altro non è che il risultato della combinazione tra una delle norme che prevedono ipotesi di reato commissive e la c.d. clausola di equivalenza fissata dall’art. 40 co. 2 cod. pen., secondo cui “non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”⁸³.

Trattandosi quindi di un reato d’evento, occorre pur sempre individuare un nesso di causalità tra la condotta omissiva e l’evento stesso, secondo la regola generale della *condicio sine qua non*, seppur adattata alle peculiarità dei reati omissivi, caratterizzati dall’assenza di un “nesso di derivazione tra dati reali del mondo esterno”, come invece accade in quelli commissivi: pertanto, l’omissione è causa dell’evento quando si accerti

⁸⁰ PULITANO’ D., *Diritto Penale*, cit., p. 203.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Un’eccezione è rappresentata dal reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi di cui all’art. 2629-bis cod. civ, la cui fattispecie è costruita secondo la struttura del reato omissivo improprio. Sul punto, v. LANZI A., PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell’economia*, Giuffrè, 2012, p. 67.

⁸³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2008, p. 583.

che quest'ultimo non si sarebbe verificato ove fosse stata posta in essere l'azione doverosa⁸⁴. Evidenti sono i problemi legati alla difficoltà di accertare *“l'efficacia impeditiva di qualcosa che non è accaduto”*⁸⁵: ci si trova, infatti, al cospetto di un causalità *“ipotetica”*, ossia di un *“equivalente”* del rapporto causale attivo, necessario per poter imputare l'evento non impedito al soggetto destinatario del comando di agire⁸⁶.

Occorre evidenziare che, in generale, l'evento rilevante deve essere inteso, prima di tutto, in senso *“naturalistico”*, ossia come un qualsiasi *“risultato naturale causato dalla condotta umana, logicamente e cronologicamente da questa separato e distinguibile”*⁸⁷.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 40 co. 2 cod. pen., quindi, opererebbe il limite rappresentato dai *“reati causali puri”*, che prevedono, appunto, il verificarsi di un evento naturalistico⁸⁸.

Peraltro, secondo l'opinione prevalente e pacifica, l'evento potrebbe coincidere anche con un reato e in tal caso si parlerebbe di *“concorso mediante omissione”* rispetto ad un reato materialmente commesso da altri⁸⁹. Sul punto, c'è chi ha sostenuto che il titolare dell'obbligo di impedire il reato possa concorrere alla realizzazione di qualsiasi illecito penale, a prescindere dall'inclusione o meno, tra gli elementi costitutivi dello stesso, di un evento naturalistico⁹⁰. Tale posizione, tuttavia, si è esposta alle critiche di chi ha rilevato come l'ambito di operatività dell'art. 40 co. 2 cod. pen. risulterebbe inopinatamente modulabile, a seconda che si tratti di responsabilità omissiva monosoggettiva o in concorso; in proposito, infatti, si è ritenuta *“legittima – se non più rispettosa dei limiti connaturati al processo di assimilazione tra il cagionare e il non impedire – la tesi secondo cui la limitazione del giudizio di equivalenza alle sole fattispecie causali pure dovrebbe trovare applicazione anche nei casi di concorso mediante omissione”*⁹¹.

1.1.1. La posizione di garanzia e l'obbligo di impedire il reato commesso da altri

⁸⁴ *Ivi*, p. 591.

⁸⁵ PULITANO' D., *Diritto Penale*, cit., p. 208.

⁸⁶ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 591.

⁸⁷ LANZI A., PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2012, p. 104.

⁸⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 588.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, p. 141.

⁹¹ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 588.

Si è detto che il reato omissivo improprio è integrato dal venir meno ad un obbligo di agire. Perché tale omissione acquisti rilevanza penale, deve però trattarsi, per espressa previsione normativa, di un obbligo “giuridico”. Tale obbligo giuridico stabilisce un “*vincolo speciale di tutela, gravante su speciali categorie di soggetti, con specifica funzione di garanzia di interessi penalmente protetti*”⁹². Si parla, in proposito, di posizione di garanzia e, con riferimento ai soggetti che la ricoprono, di garanti.

È evidente come il dovere di impedire eventi lesivi abbia carattere d’eccezionalità all’interno dell’ordinamento e per tale ragione le fattispecie omissive improprie devono risultare rispettose del principio di legalità vigente in materia penale. Pertanto, è importante che le posizioni di garanzia abbiano un “*fondamento legale*”, rinvenibile in norme extra-penali che prevedano specifici poteri e doveri funzionali alla tutela di determinati beni giuridici⁹³.

Con riferimento ai criteri utilizzati per individuare la posizione di garanzia, si sono contrapposte diverse teorie⁹⁴.

In primo luogo, la teoria c.d. formale prevede che esclusivamente la legge possa stabilire degli obblighi giuridici di attivarsi, proprio in virtù del principio della riserva di legge.

Secondo la teoria c.d. funzionale su base fattuale, invece, è possibile attribuire rilevanza ad una posizione di garanzia qualora l’agente detenga un potere di signoria in relazione ad un determinato accadimento concreto, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo previsto da una fonte formale.

La teoria c.d. mista, infine, consiste in una sintesi delle teorie anzidette, seppur integrata da elementi ulteriori: la giuridicità della fonte, sempre in omaggio al principio di riserva di legge; la specificità dell’obbligo di garanzia, alla luce del principio di tassatività; la specificità dei soggetti coinvolti dagli obblighi di garanzia, in virtù dei principi di solidarietà e libertà; la configurabilità di poteri impeditivi in capo al garante e la preesistenza degli stessi rispetto alla situazione pericolosa nonché la concreta possibilità, per il garante stesso, di porre in essere l’azione impeditiva, nel rispetto del principio di colpevolezza.

⁹² PULITANO’ D., *Diritto Penale*, cit., p. 211.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2008, pp. 1114 e ss.

Volendo sintetizzare, dunque, sono state tradizionalmente riconosciute tre fonti giuridiche dell'obbligo di attivarsi: la legge (ad esempio, le norme del diritto di famiglia) ed ogni altra norma dotata di efficacia vincolante; il contratto; una situazione idonea, di fatto, a porre un soggetto in una posizione di garanzia come, ad esempio, una precedente attività pericolosa.

Ancora più nello specifico, è possibile individuare due categorie di obblighi: gli obblighi di protezione e gli obblighi di controllo.

I primi riguardano la tutela di soggetti incapaci di provvedere a se stessi per svariate ragioni (età, infermità ecc.) o, in altre parole, “*di uno o più beni che fanno capo a singoli soggetti (...) o a una determinata classe di soggetti (...) nei confronti di una gamma più o meno ampia di pericoli*”; i secondi, invece, hanno ad oggetto “*la neutralizzazione dei pericoli derivanti da una determinata fonte in funzione di tutela di chiunque possa essere messo a repentaglio da quella fonte di pericolo*”⁹⁵.

Ai fini che qui rilevano, appare fondamentale analizzare più nel dettaglio le posizioni di controllo non solo in quanto tali, ma anche calate in ambito societario. Innanzitutto, occorre evidenziare come, di norma, gli obblighi di controllo vengano a crearsi laddove ricorrano due condizioni: il titolare del bene deve trovarsi nell'impossibilità di proteggerlo da sé; la fonte del pericolo deve rientrare nella “*sfera di signoria*” del garante⁹⁶.

I doveri di impedire condotte illecite poste in essere da terzi sono riconducibili al paradigma della posizione di controllo. In relazione alle organizzazioni complesse, tale tipo di posizione di garanzia è collegata a ruoli connotati da poteri giuridici “*di supremazia*” tali da porre determinati soggetti nella condizione di impedire la commissione di reati da parte di altri⁹⁷.

Salvi gli opportuni approfondimenti che verranno svolti nel prosieguo, si anticipa fin da subito come la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria abbiano ravvisato una posizione di garanzia – in termini di obblighi di impedimento dei reati societari, fallimentari, contro il patrimonio, ecc.⁹⁸ – in capo agli amministratori e ai sindaci delle società, in virtù dei

⁹⁵ MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Giuffrè, 2015, pp. 234-235.

⁹⁶ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 606.

⁹⁷ PULITANO' D., *Diritto Penale*, cit., p. 216.

⁹⁸ cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 237-238. Gli autori, a

poteri e doveri rispettivamente loro assegnati dalle norme civilistiche di cui agli artt. 2392 e 2403 cod. civ.⁹⁹.

Tale conclusione, tuttavia, non può sottrarsi alle domande circa i limiti intrinseci della posizione di garanzia in questione, tenuto conto di come la riforma di diritto societario, intervenuta con il d.lgs. 6/2003, abbia ridisegnato i confini dei modelli di *corporate governance*, nonché dell'esigenza, dettata dal principio di colpevolezza costituzionalmente garantito, di limitare la responsabilità concorsuale omissiva attraverso le regole di imputazione soggettiva del fatto di reato al suo autore, in termini di dolo¹⁰⁰. Sono proprio quelle appena menzionate le problematiche che si intende affrontare nei prossimi paragrafi con specifico riferimento agli amministratori senza delega, ai sindaci e, infine, al responsabile del servizio di prevenzione e protezione che, pur avendo compiti di individuazione dei rischi in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro – e non svolgendo quindi funzioni di controllo – è stato oggetto di grande dibattito da parte della dottrina e della giurisprudenza.

1.2. La cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 cod. pen.¹⁰¹

Merita un cenno, sempre per le finalità sopra richiamate, anche l'istituto del concorso di persone nel reato colposo, disciplinato dall'art. 113 cod. pen., anche in relazione alle

proposito delle posizioni di garanzia nell'ambito delle società commerciali, compiono un ulteriore distinguo, precisando come siano individuabili due categorie di doveri: “(a) *quelli relativi alla amministrazione dell'impresa, finalizzati alla protezione del patrimonio sociale (obblighi di protezione), nonché (b) quelli relativi alla gestione tecnica, operativa e commerciale dell'impresa sociale, finalizzati al controllo delle fonti di pericolo immanenti all'esercizio dell'attività di impresa (obblighi di controllo)*”. Quindi, a differenza di altre posizioni – che non differenziano le tipologie di obblighi di garanzia a seconda della categoria di reato da impedire (cfr. PULITANO', cit.) o che riconducono l'obbligo di impedire un reato commesso da terzi alla sola posizione di controllo (cfr. FIANDACA, MUSCO, cit.) – i medesimi autori ritengono che gli obblighi di protezione del patrimonio sociale siano finalizzati ad impedire la commissione dei reati fallimentari e societari, mentre gli obblighi di controllo legati alla gestione tecnica, operativa e commerciale della società, sarebbero destinati ad evitare la commissione di quei tipici reati, dolosi o colposi, legati all'esercizio dell'attività di impresa (omicidi e lesioni colpose commessi in violazione della normativa antinfortunistica, reati ambientali, ecc.).

⁹⁹ PULITANO' D., *Diritto Penale*, cit., p. 216.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 217.

¹⁰¹ Per un panorama completo e aggiornato dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia, si veda ALDROVANDI P., *Cooperazione del delitto colposo*, in *Codice Penale*, PADOVANI T. (a cura di), Giuffrè, nuova edizione in corso di pubblicazione.

connessioni con la figura di reato omissivo improprio e alla necessità di tenere distinti tali due schemi di attribuzione della responsabilità penale.

Il comma 1 dell'art. 113 citato prevede che *“nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso”*.

La norma in esame ha la funzione di attribuire rilevanza penale a comportamenti atipici, ossia a quelle condotte insuscettibili di rientrare in una delle fattispecie colpose previste dalle norme incriminatrici di parte speciale. Tale funzione di estensione della responsabilità penale coinvolgerebbe però soltanto i delitti colposi di evento a forma vincolata e i delitti colposi di mera condotta¹⁰²; fuoriuscirebbero dall'ambito di applicazione dell'art. 113 cod. pen., invece, i delitti colposi di evento a forma libera o *“causalmente orientati”* (primo fra tutti l'omicidio), rispetto ai quali appaiono ininfluenti le concrete modalità commissive, potendo al contrario rilevare qualsiasi comportamento umano – colposo – che fornisca un contributo causale alla verificazione dell'evento: in tal caso, infatti, chiunque presti un contributo del genere al reato commesso da altri, risponderebbe direttamente ai sensi della norma incriminatrice di parte speciale, senza la necessità che l'art. 113 cod. pen. entri in gioco¹⁰³.

Tuttavia, c'è chi ha tentato di argomentare l'estensione della funzione incriminatrice dell'art. 113 cod. pen. anche alle condotte di cooperazione che accedono ai reati

¹⁰² MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 475-476. A titolo esemplificativo, gli autori chiariscono che *“quanto ai delitti colposi di evento a forma vincolata, si pensi ad es., all'art. 452 co.1 c.p. che punisce, tra l'altro, il fatto di chi cagiona per colpa un'epidemia mediante diffusione di germi patogeni (art. 438 co. 1 c.p.). Questa norma abbraccia la sola condotta di chi per colpa diffonde germi patogeni, mentre non ricomprende la condotta di chi abbia agevolato colposamente l'attività di diffusione: sarebbe perciò punibile ex artt. 452 e 438 c.p. lo scienziato che esegua un esperimento utilizzando uno strumento riconoscibilmente difettoso, così da provocare per colpa la diffusione di germi patogeni sfociata nell'epidemia; non sarebbe invece punibile in base a quelle disposizioni colui che ha fornito al laboratorio lo strumento difettoso poi utilizzato dallo scienziato, in quanto nella sua condotta imperita non sono presenti gli estremi della diffusione di germi patogeni. Solo in forza dell'art. 113 co. 1 c.p. quest'ultima condotta acquista perciò rilevanza penale. Quanto ai delitti colposi di mera condotta, si pensi agli artt. 452 co. 2 e 442 c.p. che incriminano l'ipotesi colposa di commercio di sostanze alimentari adulterate o contraffatte: integra tale reato, tra l'altro, chi pone in commercio cose, delle quali ignori per colpa che sono state da altri corrotte in modo pericoloso per la salute pubblica. Giace al di fuori di questa incriminazione, ad es., la condotta del commerciante all'ingrosso di dolciumi che, per negligenza o per imperizia (...), ha fornito al dettagliante una partita di profiteroles andati a male: solo attraverso la disposizione dell'art. 113 co. 1 c.p. quella condotta acquista rilevanza penale”*.

¹⁰³ *Ibidem*.

causalmente orientati. Tale opinione fonda le proprie convinzioni sulla circostanza che vi sarebbero alcune condotte atipiche di cooperazione che confliggerebbero *“con obblighi cautelari di natura secondaria, cioè obblighi che assumono ad oggetto non il proprio, ma l'altrui comportamento, nel senso che impongono di verificare, controllare, impedire, eventuali attività colpose da parte di terzi direttamente produttive dell'evento lesivo”*¹⁰⁴. Si tratterebbe di condotte aventi una portata meramente agevolatrice rispetto alla causazione dell'evento stesso, eventualmente in termini di aumento del rischio, senza tuttavia porsi con quest'ultimo in un diretto rapporto di causalità. In tal modo si potrebbe finire per conferire rilevanza penale alla condotta di chi abbia fornito un contributo alla condotta omissiva del garante, pur non ricoprendo il primo una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen. e non essendo perciò obbligato ad impedire l'evento¹⁰⁵. La giurisprudenza si è dimostrata incline a riconoscere la portata estensiva dell'art. 113 cod. pen., facendo coincidere, di fatto, la violazione della regola cautelare con l'obbligo di prevenire le altrui condotte colpose. Si è così giunti ad affermare che *“è responsabile di cooperazione nel delitto colposo l'agente, il quale, trovandosi ad operare in una situazione di rischio da lui immediatamente percepibile, pur non rivestendo alcuna posizione di garanzia, contribuisca con la propria condotta cooperativa all'aggravamento del rischio, fornendo un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla produzione dell'evento, ancorché la condotta del cooperante in sé considerata, appaia tale da non violare alcuna regola cautelare, essendo sufficiente l'adesione intenzionale dell'agente all'altrui azione negligente, imprudente o inesperta, assumendo così sulla sua azione il medesimo disvalore che, in origine, è caratteristico solo dell'altrui comportamento”*¹⁰⁶.

Tale posizione pare difficilmente condivisibile ove si pensi che, nella sostanza, si finirebbe con il far coincidere l'istituto della cooperazione colposa con il reato omissivo improprio, avente, quest'ultimo, un fondamento ed una struttura totalmente diversa rispetto al primo.

Per quanto attiene al profilo soggettivo, secondo l'impostazione tradizionale, la cooperazione colposa si differenzia dal concorso di cause autonome (o concorso di

¹⁰⁴ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 569.

¹⁰⁵ ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984, p. 182.

¹⁰⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 25.8.2015, n. 41158, in www.dejure.it.

condotte colpose indipendenti), oltre che per una condotta posta in violazione di una regola cautelare. per l'esistenza di un legame psicologico tra i diversi agenti¹⁰⁷. A questo ultimo proposito, in dottrina c'è chi ha sostenuto, da una parte, che sia sufficiente la consapevolezza di cooperare, dall'altra c'è chi ha richiesto in aggiunta la consapevolezza ulteriore del carattere colposo dell'altrui condotta¹⁰⁸.

Senza voler ripercorrere lo sviluppo della giurisprudenza sul tema, basti qui ricordare che si è gradualmente assistito ad un ridimensionamento del requisito della consapevolezza, dal quale è derivata la possibilità di applicare l'art. 113 cod. pen. a tutti quegli ambiti caratterizzati da un'organizzazione complessa, quali la sanità, la Pubblica Amministrazione e le società, sul presupposto della *“è conscio che altro soggetto (medico, pubblico funzionario, dirigente, ecc.) ha partecipato o parteciperà alla trattazione del caso”*¹⁰⁹.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte sono intervenute¹¹⁰ ritenendo che la questione circa la necessaria consapevolezza o meno dell'altrui condotta colposa – e quindi dell'aspetto legato al coefficiente psicologico – sia *“stata spesso enfatizzata”*. Se, da una parte, non può negarsi che *“le preoccupazioni di eccessiva espansione della fattispecie di cooperazione connesse alla mera consapevolezza dell'altrui condotta concorrente non sono certo prive di peso”*, dall'altra queste stesse preoccupazioni possono rientrare entro limiti accettabili attraverso l'individuazione rigorosa delle condotte che, sotto il profilo fenomenico, si pongono in cooperazione: *“occorre cioè che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza. In tali situazioni, l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che, (...) sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche. In tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame e un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla*

¹⁰⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 10.3.2005, n. 44623, in www.dejure.it.

¹⁰⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 567.

¹⁰⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 7.4.2004, n. 25311.

¹¹⁰ Cass. Pen., SS.UU., 24.4.2014, n. 38343, in www.dejure.it.

condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa d'interazione prudente individua il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di auto responsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa”.

Tale impostazione muoverebbe dall'idea di fondo che l'intervento di più soggetti in un dato ambito aumenti per definizione i rischi connaturati all'azione e che la colpa insita al contributo di ciascuno di essi sia di “*carattere relazionale*”, consistendo nella violazione di una regola di “*secondo grado*” riguardante la necessità di un controllo e di un coordinamento rispetto al comportamento altrui, oltre che di rilevamento di eventuali situazioni rischiose alle quali porre rimedio¹¹¹. In determinati contesti, dunque, vi sarebbe un obbligo di tenere in considerazione la condotta altrui a discapito del principio di c.d. affidamento che, entro certi limiti, ha tradizionalmente caratterizzato la concezione delle attività di *équipe*. Al riguardo, si è acutamente osservato come sia “*l'inoperatività del principio di affidamento, e non l'esistenza di una posizione di garanzia, a rendere rilevante la condotta altrui per la propria responsabilità penale*”¹¹².

Ove si guardi, poi, al concorso nel reato da una differente prospettiva, si potrebbe essere indotti ad opinare che la rappresentazione della condotta altrui, unita al requisito della colpa, potrebbe accedere ad una condotta dolosa¹¹³, dando vita al concorso colposo nel

¹¹¹ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”, cit., p. 449.

¹¹² Ivi, p. 453 e ss. L'autore sul punto precisa che “*il diuturno ed instabile gioco tra liberà generata dall'affidamento incolpevole nel terzo e dovere relazionale di controllarne la condotta vive oggi una condizione di marcata recessione della prima a tutto vantaggio del secondo*”; lo stesso evidenzia, ancora, che “*l'obbligo relazionale è, dunque, consustanziale alle strutture pluripersonali complesse, dove la gerarchia e la divisione dei compiti determinano un intreccio inestricabile di obblighi di avvedersi di una situazione di rischio e di porvi rimedio nel modo più efficace possibile, oppure di circolarizzare informazioni rilevanti per la sicurezza*”.

¹¹³ LANZI A., PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, cit., p. 217. In tale contributo si precisa che, sotto il profilo dell'elemento psicologico riguardante il concorso nei reati colposi, “*la responsabilità soggettiva del singolo concorrente dovrebbe richiedere, da un lato, e in negativo, la mancanza di dolo di concorso (...), dall'altro, in positivo, il duplice requisito della colpa (...) e della rappresentazione della condotta altrui. Tali requisiti non saranno però facilmente verificabili in concreto, specie in relazione ad illeciti di carattere formale privi di evento (particolarmente diffusi, per esempio, nel settore dei reati ambientali). Sicché sarà raro che la rappresentazione dell'altrui condotta integrante autonomamente un tale illecito non si accompagni ad un atteggiamento doloso. (...). Così, ad esempio, il terzo che produce rifiuti risponderà della contravvenzione oggi prevista dall'art. 256 d.lgs. 152/2006 (Attività di gestione dei rifiuti non autorizzata) a titolo di concorso con il titolare dell'impresa che effettui senza autorizzazione lo smaltimento, qualora, per negligenza inescusabile, non accerti il possesso del titolo abilitativo da parte di quest'ultimo (...)*”.

delitto doloso¹¹⁴. Un medesimo evento, quindi, potrebbe essere imputabile a diversi autori, sulla base di un diverso titolo di colpevolezza. Si tratterebbe dunque di un reato plurisoggettivo al quale prendono parte soggetti in dolo e soggetti in colpa; ciò a patto che la condotta colposa del concorrente sia effettivamente sussumibile in una fattispecie sanzionabile a titolo di colpa¹¹⁵.

La giurisprudenza inizialmente tendeva a escludere l'ipotizzabilità del concorso colposo nel delitto doloso condividendo l'opinione di chi sosteneva che la risposta a tale quesito risiedesse nel tenore letterale dell'art. 113 cod. pen., che fa riferimento esplicito alla cooperazione nel "*delitto colposo*" e non alla cooperazione colposa nel delitto in generale¹¹⁶. Successivamente, in tempi anche recenti, si è ammessa tale costruzione "*purché il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In tale ambito ricostruttivo, si è chiarito che la regola cautelare violata deve essere necessariamente diretta a prevenire anche il rischio dell'atto doloso del terzo e che quest'ultimo deve risultare prevedibile per l'agente che risponde a titolo di colpa*"¹¹⁷.

Tale soluzione, peraltro, è stata messa nuovamente in discussione da ultimo con una pronuncia nella quale si è affermato che "*non è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa non ravvisabile nell'art. 113 cod. pen. che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo; ne consegue che nei delitti la condotta colposa che accede al fatto principale doloso, è punibile solo in via autonoma, a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista dall'ordinamento*"¹¹⁸.

¹¹⁴ In dottrina si è altresì teorizzato intorno al concorso doloso nel delitto colposo, sebbene non si siano registrate pronunce giurisprudenziali sul punto. In particolare, un orientamento ne escluderebbe in radice la configurabilità, sulla base di una concezione c.d. unitaria del reato e del dato testuale desumibile dall'art. 110 cod. pen., che fa riferimento al concorso "*nel medesimo reato*" (LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, 1964, p. 108). A conclusioni opposte perviene altra parte della dottrina, facendo leva, sulla considerazione che il concetto di "unitarietà" dovrebbe riguardare la responsabilità degli autori con riferimento all'offesa, che deve essere, appunto, unica e tipica (SEVERVINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988, p. 237).

¹¹⁵ LANZI A., PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, cit., pp. 217-218.

¹¹⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 11.10.1996, n. 9542, in www.dejure.it.

¹¹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 20.4.2017, n. 28187, in www.dejure.it.

¹¹⁸ Cass. Pen. Sez. V, 5.10.2017, n. 57006, in www.dejure.it.

In definitiva, non si sarebbe in presenza di un vero e proprio concorso di persone, regolato ai sensi dell'art. 110 cod. pen. e nemmeno di una cooperazione colposa ex art. 113 cod. pen.; ciò in quanto ciascun autore risponderebbe “*autonomamente (non in concorso) secondo il titolo di responsabilità corrispondente alla propria colpevolezza*”¹¹⁹

2. Gli amministratori senza deleghe

In via preliminare, merita soffermarsi su alcune generiche considerazioni in materia di collegi pluripersonali. Innanzitutto, non può trascurarsi come di rado gli amministratori detengono quelle capacità tecnico-professionali richieste dalla specifica materia oggetto di decisione; inoltre, nella vita di qualsiasi ente, ma soprattutto in quelli di grandi dimensioni, il numero di decisioni da assumere è alto così come elevata è la complessità delle questioni ad esse sottese¹²⁰. Ne deriva l'esigenza di una suddivisione di compiti all'interno dell'organo collegiale amministrativo, con la previsione di specifici settori di competenza¹²¹.

È dunque frequente, in virtù dell'art. 2381 co. 3 cod. civ., che venga conferita una delega a uno o più amministratori e, solitamente, così come espresso nello statuto o nello stesso atto di delega, la stessa riguarda solo i poteri relativi all'ordinaria amministrazione; non sempre, però, risulta agevole distinguere gli atti di ordinaria da quelli di straordinaria amministrazione, apparendo spesso poco esaurienti in tal senso gli statuti e gli atti di delega¹²². A tal riguardo, l'opinione prevalente – e senz'altro preferibile – è quella secondo cui il criterio discretivo si fonderebbe su una valutazione, operata caso per caso, “*dell'importanza, della finalità, dell'eccezionalità dell'atto compiuto in confronto a quelli che possono considerarsi come eventi normali in un'impresa dalle caratteristiche e dimensioni di quella di cui si tratti*”¹²³.

Si ricordi che nelle organizzazioni complesse, il consiglio risulta essere il soggetto titolare delle decisioni e che gli effetti del suo operato sono ascrivibili all'attività dell'intero organo e non ai singoli componenti: la delibera, infatti, è riconducibile all'intero collegio. Tuttavia, ben si comprende come la perfetta conoscenza di ogni singolo atto da parte dei

¹¹⁹ PULITANO' D., *Diritto Penale*, cit., p. 412.

¹²⁰ MANZILLO F., *Collegi societari e responsabilità penale*, Giappichelli, 2012, p. 114.

¹²¹ *Ivi*, p. 115.

¹²² BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, 2004, p. 44.

¹²³ *Ivi*, p. 45.

consiglieri deleganti e la partecipazione di questi ultimi a tutti i passaggi istruttori allungherebbe enormemente i tempi di decisione, comportando un'ingerenza del delegante sull'operato del delegato che rischierebbe di compromettere il funzionamento dell'intero collegio¹²⁴. Nella pratica, è dunque inevitabile che i membri del collegio, delegando parte delle proprie attribuzioni a determinati colleghi, ripongano fiducia nell'operato di questi ultimi, nutrendo una ragionevole aspettativa che gli stessi svolgano i propri compiti correttamente¹²⁵.

Detto ciò, seppur l'organo collegiale sia da intendersi unitariamente in fase di assunzione delle decisioni, è solo successivamente, in sede di accertamento di eventuali responsabilità, che verranno in rilievo le condotte dei singoli individui e che “*sarà frazionata l'attività in differenti segmenti*”¹²⁶.

A proposito di tale tematica, è pacifico che la responsabilità dell'amministratore privo di deleghe per il reato commesso dall'amministratore delegato dia luogo ad un'ipotesi di concorso omissivo nell'altrui reato commissivo. Tale assunto è chiaramente retto da argomentazioni fondate sulla sussistenza di una posizione di garanzia in capo all'amministratore privo di deleghe.

Al fine di cogliere la portata del tema afferente la posizione di garanzia riconducibile all'amministratore delegante, non può prescindersi da una disamina delle norme di diritto societario, vigenti prima e dopo la riforma apportata dal già citato d.lgs. 6/2003 (cfr. *supra* cap. I, par. 2.1.).

Prima della novella legislativa, infatti, la giurisprudenza individuava la fonte giuridica della posizione di garanzia, secondo i dettami della teoria c.d. formale, nell'art. 2392 cod. civ.¹²⁷, che riconosceva in capo all'amministratore delegante un obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione sociale. La norma, nella sua previgente formulazione, recitava: “(1) *Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.* (2) *In ogni*

¹²⁴ MANZILLO F., *Collegi societari e responsabilità penale*, cit., p. 115.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ GIANNITI P., *Sentenze scelte in materia civile e penale. Aggiornamento 2008*, Wolters Kluwer Italia, 2008, p. 449.

caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento, eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. (3) La responsabilità per atti o omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia al collegio sindacale”.

A seguito della riforma, viene espunta dal testo dell’art. 2392 cod. civ. ogni menzione alla vigilanza sul generale andamento della gestione. Il primo comma della norma in esame attualmente prevede che *“gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”.*

Al posto del riferimento alla “vigilanza” di cui al precedente art. 2392 cod. civ., dunque, è introdotto un generico dovere di agire in modo informato ai sensi dell’art. 2381 co. 6 cod. civ., oltre che alcuni doveri specifici di valutazione, tutti fondati sulle informative rese dagli organi delegati. L’amministratore senza deleghe, quindi, non ha più un dovere di vigilanza su ogni specifica operazione societaria. Secondo quanto disposto dall’art. 2381 co. 3 cod. civ., infatti, il consiglio *“sulla base delle informazioni ricevute valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione”.*

Con riferimento al primo dovere di valutazione, balza all’occhio la differenza rispetto al contenuto dei doveri degli amministratori delegati: questi ultimi, infatti, sono tenuti a *curare* che l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alla dimensione dell’impresa (art. 2381 co. 5 cod. civ.), realizzando quindi una corretta organizzazione societaria, mentre i deleganti si limitano a *valutare* tale organizzazione¹²⁸. Per quanto riguarda il secondo dovere di valutazione, lo stesso è incentrato sul solo *“andamento della gestione”*; diversamente, gli organi delegati devono riferire in consiglio, oltre che sull’andamento della gestione, anche sulla sua *“prevedibile*

¹²⁸ BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, p. 51.

evoluzione”. Quest’ultimo aspetto, dunque, non rientra nell’ambito di valutazione dei deleganti¹²⁹.

Gli amministratori privi di delega, infine, sono tenuti ad agire “*in modo informato*”, avendo il potere-dovere di chiedere agli organi delegati “*che in consiglio siano fornite le informazioni relative alla gestione della società*” (art. 2381 co. 6 cod. civ.). Le decisioni dell’organo collegiale, infatti, lungi dal poter essere sceve da qualsiasi tipo di errore, devono tuttavia essere almeno “*informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione*”¹³⁰. Tale dovere, cui corrisponde il diritto individuale di richiedere – ed ottenere – informazioni, implica che i consiglieri deleganti non possano rimanere inerti, limitandosi ad aspettare che i consiglieri delegati forniscano le necessarie informazioni. I primi, dunque, non sono soltanto tenuti “*a sindacare la completezza e l’esaustività dell’informazione ricevuta*”, ma anche e soprattutto ad “*attivarsi per colmare eventuali lacune riscontrate o, comunque, per ottenere ogni ulteriore dato e/o notizia che risultino necessari (o anche soltanto utili) per un migliore apprezzamento dell’informazione stessa*”¹³¹.

Risulta chiaro, quindi, come la scelta del legislatore non sia stata tanto quella di eliminare del tutto la posizione di garanzia, quanto di limitarne l’ambito, alleggerendo i doveri sussistenti in capo ai deleganti¹³².

La giurisprudenza, quindi, ha continuato ad argomentare circa l’esistenza di una posizione di garanzia sostenendo, sempre a partire dalla norma di cui all’art. 2392 co. 1 cod. civ. che gli amministratori privi di deleghe “*sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa*”, riferendosi con tale espressione all’onere di agire informati e allo speculare potere di richiedere informazioni, potere, quest’ultimo, che “*si qualifica come doveroso nell’ottica dell’indicazione normativa sulla modalità di gestione informata*”¹³³.

¹²⁹ Ivi, p. 52.

¹³⁰ cfr. Relazione alla “*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*”, par. 4, in www.giustizia.it.

¹³¹ BARACHINI F., *La Gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, pp. 151-152.

¹³² GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 54.

¹³³ Cass. Pen., Sez. V, 4.5.2007, n. 23383, in www.dejure.it.

Tale orientamento giurisprudenziale non è stato immune da critiche da parte della dottrina che¹³⁴, evidentemente in omaggio alla teoria c.d. mista e in particolare al principio di colpevolezza costituzionalmente garantito, ha ritenuto come il mero richiamo all'art. 2392 cod. civ. apparisse insufficiente a fondare la posizione di garanzia, dovendosi invece verificare l'effettiva sussistenza di poteri impeditivi in capo agli amministratori privi di delega. Secondo la citata impostazione dottrinale – che pare a chi scrive indubbiamente più garantista – ai fini di imputare una responsabilità omissiva in capo a tali figure societarie occorre indagare quali siano i poteri impeditivi loro riconosciuti in concreto dalla normativa societaria. Segnatamente, sarebbe possibile individuare i seguenti poteri¹³⁵:

- la sollecitazione dell'intervento del Pubblico Ministero, nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio, ai sensi dell'art. 2409 cod. civ.¹³⁶;
- la richiesta di intervento della Autorità di Vigilanza competente nel settore;
- la possibilità di impugnativa delle delibere consiliari a norma dell'art. 2391 cod.

¹³⁴ cfr., *ex multis*, CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., p. 186.

¹³⁵ FARINA C., *Diritto penale dell'economia*, AA.VV., Giappichelli, 2017, p. 278.

¹³⁶ Secondo quanto stabilito dall'art. 2409 cod. civ., “(1) Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione. (2) Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile. (3) Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. (4) Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata. (5) L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 2393. (6) Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale. (7) I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società”.

civ.¹³⁷;

- l'annotazione del proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e l'informativa al collegio sindacale, *ex art.* 2392 co. 3 cod. civ.;
- la richiesta di convocazione del consiglio al Presidente, ai sensi dell'art. 2381 cod. civ..

Dalla lettura dell'elenco di cui sopra, è agevole arguire come tali tipologie di poteri non siano idonei, di per sé, ad evitare la commissione di reati da parte dei deleganti, i quali non sono in grado di adottare di propria iniziativa misure direttamente impeditive. Anzi, in molte delle ipotesi innanzi esposte, si renderebbe addirittura necessario l'intervento di un soggetto terzo¹³⁸.

Evidenti paiono essere le tensioni con la struttura del concorso omissivo improprio, sotto il duplice profilo della causalità e dell'elemento soggettivo. Da una parte, quindi, occorrerebbe accertare il nesso tra omissione ed evento, individuando la condotta astrattamente impeditiva dell'evento e chiedendosi quel che sarebbe successo se si fosse tenuto il comportamento doveroso omissivo nel caso concreto: ciò al fine di verificare se l'attivazione di uno dei poteri riconosciuti all'amministratore delegante fosse idoneo ad innescare un meccanismo tale da evitare la commissione del reato in concreto posto in essere, attraverso l'intervento, lo ripetiamo, di un terzo soggetto; dall'altra parte, sarebbe necessario dimostrare la reale conoscenza, da parte del

¹³⁷ L'art. 2391 cod. civ. stabilisce che: "(1) L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale; se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile. (2) Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione. (3) Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione. (4) L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione. (5) L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico".

¹³⁸ FARINA C., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 278.

garante, della commissione *in itinere* di un illecito nella gestione dell'impresa e, al limite, l'accettazione del rischio della sua realizzazione, secondo i criteri del c.d. dolo diretto o eventuale. Potrebbe quindi derivare una responsabilità in capo agli amministratori non operativi, laddove non avessero fatto nulla per impedire i propositi criminosi dei delegati, pur avendo la concreta possibilità di intervenire, avendo accettato il rischio che questi ultimi commettessero effettivamente l'illecito o, addirittura, essendo stati a conoscenza delle loro intenzioni.

Proprio sulla base di tali premesse, la giurisprudenza ha elaborato la teoria dei c.d. segnali d'allarme – intesi quali segnali di pericolo o sintomi patologici insiti nelle operazioni societarie – attribuendo la responsabilità ai deleganti nelle ipotesi in cui si potesse concludere che costoro si fossero rappresentati il rischio che il reato stesse per essere commesso o che fosse in corso di esecuzione. I segnali d'allarme, per poter rilevare, dovrebbero presentare alcune caratteristiche. In primo luogo, occorrerebbe che gli stessi siano rappresentativi in modo univoco del reato che i delegati stanno per commettere o che stanno commettendo; in secondo luogo, dovrebbero essere indicativi di un alto grado di anomalia rispetto al contesto di riferimento; infine, sarebbe necessario che siano effettivamente conosciuti da parte degli amministratori non operativi, non apparendo sufficiente la mera conoscibilità¹³⁹.

Si precisa come l'adesione volontaristica dell'amministratore privo di deleghe al reato del delegato, che si sostanzia in una volontaria omissione della condotta doverosa impeditiva dell'illecito, debba essere tenuta distinta da quei casi in cui tale volontaria omissione derivi da una forte fiducia nei confronti della professionalità dell'amministratore delegato.

In proposito, la Corte di Cassazione Civile ha avuto modo di chiarire che *“gli amministratori (i quali non abbiano operato) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (i quali abbiano operato) soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati.*

¹³⁹ A proposito delle caratteristiche dei c.d. segnali d'allarme, Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2010, n. 41136, in *www.dejure.it*, ha affermato: *“appare necessario che l'amministratore privo di deleghe abbia avuto la percezione del compimento di attività illecite nella amministrazione della società. E' necessario, pertanto, che venga dimostrato che l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non poter sfuggire”*.

Ne discende che, nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito fatti pregiudizievoli dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi dell'art. 2381 c.c., comma 3) ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze: altrimenti si cadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato”¹⁴⁰.

Da quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, emerge quindi l'impossibilità di considerare gli amministratori privi di deleghe responsabili per i fatti dei delegati, in virtù di una generica condotta di omessa vigilanza, pena lo sconfinamento nell'alveo della responsabilità c.d. oggettiva. La responsabilità per concorso omissivo nell'altrui reato commissivo, fondata sull'art. 40 co. 2 cod. pen., potrà essere legata unicamente alla violazione del dovere di agire informati, sulla base delle informazioni che agli amministratori non delegati devono essere fornite, oltre che sulla base di quelle che gli stessi possono assumere di propria iniziativa. La disposizione dell'art. 2381 co. 6 cod. civ., quindi, apre la concreta possibilità che i singoli consiglieri deleganti siano ritenuti responsabili dell'operato dei delegati allorché *“risulti che essi si siano limitati a svolgere la propria attività di controllo sulla base delle informazioni ricevute, senza però interessarsi di verificare la loro attendibilità e, se del caso, senza attivarsi per acquisirne di nuove”*¹⁴¹.

In conclusione, è possibile affermarsi che la riforma di diritto societario, nell'attribuire maggiore rilevanza alla delega, ha avuto il merito di innovare il sistema di *governance* attraverso un ampliamento delle funzioni gestorie degli amministratori operativi e una netta distinzione tra il ruolo di questi ultimi e quello degli altri componenti del collegio¹⁴². Tale distinzione non può che riflettersi inevitabilmente anche sul piano

¹⁴⁰ Cass. Civ., Sez. I, 31.8.2016, n. 17441, in www.dejure.it.

¹⁴¹ BARACHINI F., *La Gestione delegata nella società per azioni*, cit., p. 153.

¹⁴² MANZILLO F., *Collegi societari e responsabilità penale*, cit., p. 117.

delle rispettive responsabilità, non solo civilistiche, ma anche penali. A una dilatazione della responsabilità degli amministratori delegati, corrisponde una limitazione della responsabilità dei deleganti, alla luce del diverso ruolo e dei diversi poteri (per non tacere della diversa retribuzione)¹⁴³.

Sebbene la riforma abbia mantenuto astrattamente intatta la responsabilità solidale di tutti gli amministratori, la posizione di ciascuno deve essere poi valutata singolarmente, secondo i canoni propri del diritto penale.

Così come evidenziato dalla stessa Relazione alla legge di riforma¹⁴⁴, *“la eliminazione dal precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (...), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili. Si tratta di un chiarimento interpretativo di notevole rilevanza, avuto riguardo alle incertezze dell'attuale prevalente giurisprudenza”*.

3. I sindaci¹⁴⁵

In via preliminare, pare utile soffermarsi sulla *ratio* sottesa all'istituzione di un organo di controllo quale il collegio sindacale. Quest'ultimo è nato più di un secolo fa, nell'ambito di un *“processo neoliberista di delega dei compiti di controllo dallo Stato*

¹⁴³ BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., pp. 53-54. L'autore precisa come la riforma del 2003 abbia *“preso atto del dato di fatto, noto a tutti, della sostanziale diversità tra consigliere delegato e consiglieri deleganti: solo il primo è a capo della struttura, lavora a full time, è correlativamente retribuito, è in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali, e deve perciò avere una responsabilità parametrata ai suoi ampi poteri, compiti e retribuzione. Ben diversa è, chiaramente, la posizione dei consiglieri deleganti: la circostanza che la riforma del 2003 abbia, per la prima volta, tratto le conseguenze di questo diverso ruolo degli organi delegati rispetto ai consiglieri deleganti costituisce, come si è detto, uno dei punti più rilevanti della riforma”*.

¹⁴⁴ *Relazione*, cit., par. 4.

¹⁴⁵ Si precisa che, nella trattazione del presente paragrafo, si prenderà in considerazione unicamente il sistema di *coporate governance* c.d. tradizionale, senza perciò soffermarsi sul sistema c.d. monistico e su quello c.d. dualistico.

ai privati (alle società)”, con il precipuo scopo di sottoporre a una forma di sorveglianza l’operato degli amministratori: ciò in quanto la struttura della società di capitali non consentiva – né consente tutt’oggi – al singolo azionista la diretta conoscenza dell’attività dei gestori della società, né dei dati e delle informazioni relativi alla gestione stessa¹⁴⁶. Da tale constatazione, è derivata dunque l’esigenza di istituire un organo “investito in via istituzionale e permanente di penetranti poteri di sorveglianza, che si sostituisca in tale mansione agli azionisti, dai quali peraltro è nominato e di fronte ai quali è chiamato a rispondere della propria attività”¹⁴⁷.

I poteri del collegio sindacale erano visti, quindi, come più funzionali a “portare a conoscenza, soprattutto dei soci, i fatti censurabili, che non a fornire gli strumenti direttamente idonei ad intervenire per prevenire, limitare od impedire” la commissione di illeciti da parte di altri; in definitiva, il legislatore avrebbe voluto “un organo di sorveglianza collaborativa, cui è coerente la struttura collegiale, con limitati poteri istruttori individuali” e non “un ufficio ispettivo” o un “organo che potesse intervenire, ed eventualmente opporsi, nell’operare degli amministratori”¹⁴⁸.

L’istituzione di tale organo di controllo non ha tuttavia impedito il verificarsi di numerosi scandali finanziari, dimostrando in tal modo l’inidoneità dello stesso ad arginare efficacemente le condotte illecite poste in essere dai gestori societari. Negli anni sono emersi, infatti, i limiti intrinseci dell’istituto che hanno portato alla sua “crisi”: “l’insufficiente indipendenza dai controllati, i limiti di competenze tecniche specifiche per lo svolgimento dell’ufficio, l’eccessivo numero di attribuzioni assegnate dalla legge, la mancanza di incentivi, la scarsa redditività dell’incarico (quindi, il conseguente allontanamento dei più capaci dall’ufficio) e la tendenza al cumulo di molteplici incarichi”¹⁴⁹. Tutti i limiti appena esposti sono valsi le pesanti critiche della dottrina, fin dagli inizi del ‘900, quando una voce particolarmente severa si era

¹⁴⁶ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 227, 231.

¹⁴⁷ CAVALLI G., *I sindaci*, in COLOMBO G.E., G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, 1988, p. 85.

¹⁴⁸ FERRO V.- LUZZI P., *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1985, p. 49.

¹⁴⁹ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 228.

espressa nei seguenti termini: “*habent oculos et non vident, habent aures et non sentiunt*”¹⁵⁰.

Ad una sempre maggiore centralità del controllo – intesa come ampliamento delle aree di competenza del collegio sindacale e della fiducia riposta nello stesso da parte dell’ordinamento – si è accompagnata, inevitabilmente, una vera e propria “*esplosione della responsabilità dei controllori*”: dagli anni ‘70 “*le rivendicazioni verso l’operato dei sindaci hanno cominciato a trovare accoglimento in una giurisprudenza civilistica che non esitava ad adottare criteri di notevole rigore nel giudizio*”; è solo successivamente, a partire dagli anni ‘80, che ‘si scopre’ la responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento del reato commesso dagli amministratori.

Tale ‘scoperta’ avviene in un quadro normativo nel quale i sindaci avevano un potere nella sostanza “*endosocietario*”; per tale ragione, non sarebbe mai stato possibile per costoro un intervento diretto, tale da incidere sulla validità degli atti degli amministratori, eventualmente surrogandosi agli stessi nell’attività di gestione. Tale opzione legislativa è comprensibile, come giustamente sottolineato, ove si pensi che “*qualsiasi ingerenza nell’attività di gestione creerebbe pericolose commistioni e deresponsabilizzazioni, controproducenti per gli equilibri fra poteri endosocietari*”¹⁵¹. Con le recenti riforme di diritto societario sono stati ridefiniti i poteri e i doveri del collegio sindacale; sebbene, secondo alcuni¹⁵², le novelle legislative non abbiano mutato radicalmente l’originario assetto, è proprio dal terreno extra-penale che occorre partire per esaminare il tema della responsabilità dei sindaci e per comprendere se, alla luce dell’attuale impianto sistematico predisposto dal legislatore, le critiche al carente funzionamento dell’organo in parola paiano ancora pienamente giustificabili e se parimenti giustificabile sia quindi il ricorso allo strumento del diritto penale per sanzionarne le condotte.

In generale, occorre ricordare, così come già sopra anticipato (cap. I, par. 3.2.3.), che le funzioni del collegio sindacale consistono, a norma dell’art. 2403 cod. civ., nel vigilare sull’osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo,

¹⁵⁰ PIPIA U., *Società anonima*, in *Dig. It.*, XXI, Utet, 1903-1906, n. 233, p. 444.

¹⁵¹ TORRE V., *La responsabilità penale dell’organo di controllo sulla amministrazione e dell’organo di controllo contabile*, in *Giur. Comm.*, 4/2012, p. 567.

¹⁵² *Ibidem*.

amministrativo e contabile adottato dalla società, nonché sul suo concreto funzionamento. Rispetto alla versione originaria, è dunque eliminato ogni riferimento alla figura del mandatario, prevedendosi unicamente i parametri di professionalità e diligenza richiesti dalla natura dell'incarico.

Pare necessario soffermarsi brevemente sul concetto di assetti organizzativi adeguati e su quello di controllo di merito.

Il primo *“assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, quale strumento di tracciabilità dei processi, vale a dire criterio di valutazione della responsabilità di tutti i componenti la governance della struttura societaria”*: non solo gli amministratori, quindi, ma anche i sindaci¹⁵³.

Il secondo riguarda la valutazione di opportunità della convenienza economica delle scelte di gestione e spetta ai soci, rispetto al consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, rispetto agli amministratori delegati. Alla luce della norma di cui all'art. 2403 sopra citato, dunque, è evidente come le scelte di gestione non paiono sindacabili da parte dei sindaci e come gli obblighi di questi ultimi non possano *“estendersi anche all'esame dell'opportunità e della convenienza delle scelte gestionali, il cui apprezzamento è riservato alla competenza esclusiva degli amministratori e dei soci”*¹⁵⁴.

Venendo ora ai poteri riconosciuti al collegio, innanzitutto vale la pena puntualizzare come l'analisi che ci si accinge a compiere parta dal presupposto di una distinzione tra la posizione del collegio sindacale e la posizione dei singoli sindaci.

Con riguardo al collegio sindacale quale organo, lo stesso ha natura collegiale e, deliberando a maggioranza assoluta dei presenti (art. 2404 co. 4 cod. civ.), esprime una volontà univoca, rappresentando un autonomo centro di imputazione. La conclusione che i poteri dell'organo siano, almeno di regola, di natura collegiale è condivisa pacificamente dalla dottrina, argomentando sulla base dell'art. 2403-bis cod. civ., il quale, prevedendo la possibilità per i sindaci di procedere con atti di ispezione e controllo *“anche individualmente”*, fa intendere come quest'ultima sia una ipotesi

¹⁵³ SCARPA D., *Eterogenesi della responsabilità degli organi societari di controllo e di gestione*, in *Contratto e impr.*, 6/2012, p. 1569.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 1577.

eccezionale. Tendenzialmente, dunque, i poteri del collegio sindacale si esplicano a seguito di una delibera collegiale.

Tra questi poteri, è interessante, ai nostri fini, verificare quali siano di natura reattiva e/o eventualmente impeditiva.

In primo luogo, è previsto il potere/dovere di impugnare le delibere dell'assemblea assunte in difformità rispetto alla legge o allo statuto (art. 2377 co. 2 cod. civ.), oltre che le delibere del consiglio di amministrazione che “*non sono state prese in conformità della legge o dello statuto*” (art. 2388 co. 4 cod. civ.) ovvero che sono state adottate in violazione delle disposizioni sul conflitto d'interessi (art. 2391 cod. civ.).

In secondo luogo, con specifico riferimento alle società quotate, il collegio ha il potere di convocare il consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 151 co. 2 TUF; tale strada potrebbe essere percorsa al fine di rendere edotta la totalità degli amministratori di eventuali atti di gestione sintomatici di illeciti in corso di commissione¹⁵⁵.

Ancora, ai sensi dell'art. 2406 cod. civ., è possibile convocare l'assemblea dei soci – nelle società quotate anche su iniziativa di sue soli sindaci, *ex art. 151 co. 2 TUF* – oltre che nei casi di omesse o ritardate convocazioni obbligatorie da parte dell'organo gestorio (ad esempio, nell'ipotesi di riduzione del capitale per perdite, ai sensi dell'art. 2446 co. 1 cod. civ.), anche qualora il collegio ravvisi “*fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere*”.

Sempre tra i rimedi rimessi alla collegialità, vi è la denuncia al Tribunale di “*gravi irregolarità nella gestione*”, prevista dall'art. 2409 cod. civ. e mutuata dall'art. 152 TUF. Tale rimedio, tuttavia, rischia di risolversi in una ‘arma spuntata’, soprattutto ove si considerino le conseguenze della denuncia, che potrebbero distogliere gli stessi sindaci dall'assumere una deliberazione in tal senso: infatti, l'amministratore giudiziario all'uopo nominato potrebbe disporre la revoca non solo degli amministratori, ma anche degli stessi sindaci¹⁵⁶. Anche alla luce di ciò, c'è chi ha evidenziato come il riconoscimento del potere di denuncia individualmente a ciascun sindaco avrebbe avuto il merito di *by-passare*, soprattutto in casi di urgenza, la macchinosa procedura della previa convocazione e deliberazione da parte del collegio

¹⁵⁵ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 275.

¹⁵⁶ MAGNANI P., *Commento sub art. 2407*, in *Collegio sindacale – Controllo contabile, Commentario alla riforma del diritto societario*, Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), Milano, 2005, p. 263.

sindacale; la scelta opposta si spiega, d'altronde, in virtù della convinzione che solo il principio di collegialità potrebbe maggiormente tutelare la società – e l'equilibrio finanziario della stessa – dagli “*effetti dirompenti*” prodotti dal coinvolgimento del Tribunale¹⁵⁷.

Proseguendo oltre nella disamina, occorre richiamare l'azione di responsabilità contro gli amministratori, che può essere promossa a seguito della deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi (art. 2393 co. 3 cod. civ.).

Una menzione merita, da ultimo, il potere-dovere, riconosciuto al collegio sindacale nell'ambito delle società quotate (art. 149 co. 3 TUF), di comunicare “*senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza*”.

Da quanto sopra esposto, risulta evidente la scelta del legislatore volta alla netta separazione “*tra gestione e controllo*” e all’“*opportunità di preservare il consiglio di amministrazione da dirette ingerenze dei sindaci*”: infatti, i sindaci non dispongono di alcun potere di veto o di annullamento¹⁵⁸ delle iniziative dell'organo gestorio, né tantomeno del potere diretto di revocarlo dall'ufficio.

Peraltro, l'esplicazione collegiale dei poteri dei sindaci, produce un forte impatto dal punto di vista dell'ordinamento penale, ai fini della definizione della posizione di garanzia del singolo sindaco che, solo individualmente e non collegialmente, potrebbe essere chiamato a rispondere, in virtù del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Invero, l'individuazione dei poteri reattivi e/o eventualmente impeditivi attribuiti al collegio sindacale, come organo, non vale, di per sé, né a definire la posizione di garanzia del sindaco, *uti singulus*, né le eventuali condotte doverose richieste allo stesso per evitare la commissione di reati¹⁵⁹.

È un dato assodato che, nella prospettiva penalistica, rileva soprattutto “*la sfera dei poteri individuali del sindaco e, in particolare, dei poteri reattivi che il singolo componente del collegio sindacale deve esercitare per impedire la condotta criminosa degli amministratori: sono questi poteri a delimitare l'ambito del dovere e a disegnare i confini della posizione di garanzia*”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 278.

¹⁵⁸ BOSTICCO P., *Le responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Giuffrè, 2009, p. 724.

¹⁵⁹ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 273.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 280.

Venendo dunque al tema dei poteri individuali dei sindaci, si osserva quanto segue. Sebbene privo di qualsiasi efficacia impeditiva, merita comunque ricordare che gli artt. 151 TUF e 2403-*bis* cod. civ., così come già anticipato, attribuiscono ai singoli sindaci la facoltà di procedere ad atti di ispezione e controllo. Tali attività si pongono come strumentali rispetto ad altre iniziative collegiali (o anche individuali, nei limitati casi di cui si dirà oltre).

Similmente, con esclusivo riferimento alle società quotate, è prevista la possibilità per ciascun membro di *“chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari”* (art. 151 TUF).

Nell’ottica che qui interessa, è invece opportuno concentrarsi sul potere-dovere di assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee dei soci e alle riunioni del comitato esecutivo (artt. 2405 cod. civ. e 149 co. 2 TUF).

La partecipazione alle adunanze del consiglio implica che i sindaci possano esprimere il proprio dissenso preventivo, con riguardo alle decisioni dell’organo amministrativo. Tale partecipazione, dunque, avrebbe una *“duplice funzione: una informativa poiché in via diretta i controllori sono informati direttamente dell’attività di gestione; una direttamente comminatoria, perché già in quella sede i sindaci possono segnalare perplessità o denunciare irregolarità a chi è competente nel porre rimedio”*¹⁶¹.

Alla luce di tali disposizioni, quindi, ciascun sindaco sarebbe tenuto a compiere un’opera di *‘moral suasion’*, prendendo personalmente *“posizione sulle diverse questioni (...) relative alla legalità della gestione sociale, a palesare dubbi e preoccupazioni sulla eventuale illegittimità di talune operazioni, a richiamare con fermezza gli amministratori al rispetto della legge, a far annotare a verbale osservazioni critiche in ordine alla deliberazione approvata, e magari anche a preannunciare (ed eventualmente far seguire), come radicale forma di disapprovazione (...) le dimissioni dalla carica in mancanza di un mutamento di rotta”*¹⁶². Oltre a ciò, si consideri anche l’effetto deterrente dato dalla minaccia di una relazione sfavorevole in sede di bilancio, che gli amministratori avrebbero interesse ad

¹⁶¹ FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, Utet, 2002, p. 577.

¹⁶² CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 282.

evitare in ogni modo al fine di salvaguardare i delicati rapporti con gli istituti finanziatori¹⁶³.

Per ciò che concerne, invece, l'assemblea dei soci, quest'ultima rappresenta la sede ideale per consentire al sindaco dissenziente rispetto a una deliberazione del consiglio di amministrazione di informare i soci di tale dissenso e delle ragioni ad esso sottese; parimenti, sarebbe possibile per il sindaco manifestare la propria contrarietà anche in merito alla relazione del collegio sindacale elaborata in occasione del bilancio: in tale evenienza la dottrina maggioritaria riconosce in capo al sindaco il potere-dovere di depositare una "*relazione di minoranza*"¹⁶⁴.

Infine, solo con riferimento alle società quotate, i sindaci hanno il potere individuale di convocare, previa comunicazione al presidente, il consiglio di amministrazione e il comitato esecutivo e, almeno in numero di due, l'assemblea dei soci (art. 151 co. 2 TUF). Ben si comprende come, nell'ambito delicato dei mercati regolamentati, sia sentita maggiormente l'esigenza di dare spazio all'iniziativa individuale, così da far fronte all'eventuale inerzia del collegio o a reagire innanzi all'opinione negativa della maggioranza.

Giungendo al tema della responsabilità dei sindaci, è utile analizzarne dapprima i profili civilistici, per poi passare a quelli penalistici.

La pietra miliare della responsabilità civile è costituita dall'art. 2407 cod. civ. che, al primo comma, regolando la responsabilità "esclusiva" degli stessi, così recita: "*i sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio*". La responsabilità quindi sussiste qualora i sindaci violino tali obblighi, direttamente posti a loro carico.

Quanto al secondo comma della citata norma, che qui più interessa, prevede che i sindaci siano "*responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le*

¹⁶³ CAVALLI G., *Il collegio sindacale*, in AMBROSINI S., (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Utet, 2005, p. 835, evidenzia che "*l'organo amministrativo è consapevole del fatto che un troppo aspro conflitto con i sindaci non rappresenta mai un fenomeno augurabile nella vita di una società, poiché è capace di infrangere i delicati equilibri su cui si regge, spesso, la gestione dell'impresa; e conosce altrettanto bene le conseguenze che una sfavorevole relazione in sede di bilancio può provocare nei rapporti con i terzi, e, segnatamente, con i finanziatori istituzionali, come le banche*".

¹⁶⁴ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 283.

omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica". Trattasi dunque di una *culpa in vigilando*, che ricorre unicamente in presenza dei seguenti elementi: "l'atto di mala gestio degli amministratori, la violazione degli obblighi gravanti sui sindaci ed il nesso di causalità fra l'omessa vigilanza dei sindaci e il pregiudizio subito dalla società o da terzi"¹⁶⁵. Ciò significa che, in linea astratta, i sindaci non potrebbero essere chiamati a rispondere direttamente in relazione alla condotta degli amministratori causativa di danni, ma solo nella misura in cui il danno sia riconducibile ad una violazione di uno degli obblighi connaturati alla loro funzione. Ne deriva che qualora agli stessi non sia rimproverabile alcuna omissione, al punto da ritenere che il danno si sarebbe comunque prodotto come conseguenza della condotta degli amministratori, non sarebbe ravvisabile alcuna responsabilità in capo ai primi.

In definitiva, dunque, non trattandosi di responsabilità per fatto altrui, potrebbe essere riconosciuta solo qualora la condotta sia imputabile anche ai sindaci; inoltre, si consideri che sebbene la riforma non abbia modificato la natura solidale, residua tuttavia un margine perché ciascun sindaco dimostri di essere immune da colpa¹⁶⁶.

Nonostante tale assunto di partenza che, sulla carta, sembrerebbe assicurare sufficienti garanzie rispetto all'esigenza di evitare abusi e di trasformare i sindaci in "capri espiatori"¹⁶⁷, si è assistito negli anni, da parte sia della dottrina che della giurisprudenza, alla tendenza di "flessibilizzare"¹⁶⁸ i criteri di imputazione forniti dall'art. 2407 innanzi menzionato. Ciò in virtù della consapevolezza di quanto fosse complesso raggiungere la prova certa circa la mancata verifica del danno nel caso in cui i sindaci avessero agito in conformità alle proprie funzioni, nel tentativo evidente di rispondere a "istanze equitative e di giustizia sostanziale". Tale tendenza è arrivata fino al punto di ritenere presunto il nesso causale considerando in astratto pericolosa, secondo la valutazione operata già a monte dal legislatore, ogni inadempienza posta in essere dei sindaci, rinunciando in tal modo a qualsivoglia accertamento in ordine alla

¹⁶⁵ SCARPA D., *Eterogenesi della responsabilità degli organi societari di controllo e di gestione*, cit., p. 1581.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ MARCHETTI P., *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 107.

¹⁶⁸ Per una sintetica disamina dei vari orientamenti maturati sul punto, si veda sempre CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, pp. 302-304.

causalità; in alternativa, si è anche suggerito di adottare un criterio di “*diminuzione del rischio*”, secondo cui il giudice avrebbe dovuto dimostrare che l’adempimento, da parte dei sindaci, dei doveri loro imposti dalla legge, avrebbe ridotto o comunque attenuato il pericolo di verifica del danno.

Secondo la nostra opinione, non può non rilevarsi come il meccanismo di imputazione previsto dal codice civile sia di fatto analogo alla verifica richiesta nell’ambito del processo penale, nel quale l’Accusa ha l’onere di provare che ove il sindaco, *uti singulus*, avesse esercitato i poteri a lui attribuiti dalla legge, il reato degli amministratori non si sarebbe verificato.

Nonostante tale constatazione, è chiaro come i criteri sopra esposti, elaborati in sede civile, non possano trovare alcun accoglimento sul terreno del diritto penale, in omaggio ai “*principi costituzionali di tassatività, determinatezza, personalità della responsabilità penale e colpevolezza, oltre che il rispetto dello standard probatorio e di giudizio dell’oltre ogni ragionevole dubbio*”¹⁶⁹.

Pertanto, la legge non definisce chiaramente una posizione di garanzia dei sindaci, rilevante ai sensi dell’art. 40 co. 2 cod. pen.. Resta il fatto che, ai fini dell’applicabilità di tale ultima norma, è fondamentale verificare se ad un potere di impedimento corrisponda un parallelo dovere di impedire il reato altrui. Infatti, qualsiasi condotta di impedimento implica, nella sostanza, “*un’invasione della sfera di signoria di un terzo*”¹⁷⁰. I sindaci invece, secondo alcuni, risulterebbero muniti solo di un potere di controllo o reattivo, ma non anche di un potere direttamente sanzionatorio o impeditivo. Pertanto, alla luce del fatto che i sindaci ricoprirebbero più che altro una “*posizione di sorveglianza*” e non di garanzia, parte della dottrina critica il tentativo di costruire la responsabilità penale degli stessi sulla base di condotte altrui poste al di fuori della loro sfera di “*signoria*” e di violazioni non tanto di doveri impeditivi, quanto di doveri di vigilanza¹⁷¹.

Giova quindi passare nuovamente in rassegna i poteri innanzi descritti, questa volta in un’ottica più penalistica, al fine di valutare se, e in che estensione, possa riconoscersi una posizione di garanzia in capo ai sindaci.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 305.

¹⁷⁰ TORRE V., *La responsabilità penale dell’organo di controllo sulla amministrazione e dell’organo di controllo contabile*, cit., p. 566.

¹⁷¹ *Ivi*, pp. 566-567.

Con riferimento al potere di impugnazione delle delibere dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, è evidente come lo stesso risulti difficilmente impeditivo, potendo l'illecito essersi già realizzato; d'altro canto, però, anche solo la "minaccia" di un'impugnazione potrebbe avere un'efficacia deterrente nei confronti degli amministratori¹⁷². Se tuttavia il mancato esercizio di tale potere si affiancasse alla consapevolezza dell'irregolarità della delibera e alla previsione della possibile commissione di reati, nulla esclude l'astratta ipotesi di una responsabilità concorsuale omissiva.

Ancora, il potere di convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2406 cod. civ., se da una parte può costituire un mezzo dissuasivo, mai potrebbe rappresentare un potere-dovere di impedimento, soprattutto laddove il reato si sia già consumato. Vero che ai sindaci, in sede di assemblea, sarebbe consentito di presentare proposte per sanare le irregolarità riscontrate e per agire contro gli amministratori; tuttavia, anche in questo caso l'efficacia impeditiva di simili iniziative sarebbe relativa, dipendendo la stessa dalla maggioranza in assemblea che ben potrebbe continuare a legittimare l'operato dei vertici societari¹⁷³.

Per quanto riguarda la denuncia *ex art.* 2409 cod. civ., si consideri innanzitutto che tale istituto prevede il coinvolgimento di un soggetto esterno alla società e che quindi non sarebbe comunque ammessa, per i sindaci, la possibilità di influenzare direttamente la gestione societaria. A maggior ragione, qualora le gravi irregolarità dovessero coincidere con condotte penalmente rilevanti, l'omessa denuncia non potrebbe che collocarsi successivamente alla commissione del reato stesso e, quindi, non potrebbe essere considerata quale contributo rilevante ai sensi dell'art. 110 cod. pen., poiché la denuncia, ove concretamente fatta *ex post*, non esplicherebbe mai un potere effettivamente impeditivo. Diversamente, nell'ipotesi in cui le irregolarità commesse dagli amministratori apparissero sintomatiche della futura commissione di reati (ad esempio, un'irregolare tenuta delle scritture contabili quale preludio a un falso in bilancio) o in caso di reati continuati o permanenti, l'omessa denuncia, accompagnata da una consapevolezza dei sindaci circa l'illiceità delle condotte degli amministratori,

¹⁷² CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 275.

¹⁷³ MAGNANI P., *Commento sub art. 2407*, cit., p. 262.

ben potrebbe astrattamente fondare la responsabilità secondo il paradigma del concorso omissivo doloso¹⁷⁴.

Quanto all'azione di responsabilità di cui all'art. 2393 co. 3 cod. civ., è chiaro come l'esercizio della stessa possa avere un qualche effetto solo qualora intervenga nel tentativo di impedire un illecito non ancora perfezionatosi: infatti, una volta che l'illecito sia stato commesso e che il conseguente danno alla società si sia verificato, *“i sindaci, che possono risultare solidalmente responsabili con gli amministratori per i danni che si sarebbero evitati con una vigilanza conforme agli obblighi della carica, difficilmente sono incentivati a promuovere tale azione”*¹⁷⁵. Inoltre, a parere di chi scrive, non può non sfuggire la contraddizione di ammettere l'utilità di tale rimedio, per definizione funzionale al risarcimento dei danni, quando non sia ancora stato posto in essere un comportamento dannoso o comunque quando, pur essendo state poste in essere condotte irregolari, queste non siano state (o non lo siano state ancora) produttive di danni.

Infine, la facoltà di assistere, attivamente e individualmente, alle adunanze del consiglio di amministrazione e alle assemblee dei soci, non comporta la possibilità di esercitare poteri coercitivi di per sé idonei ad evitare la commissione di reati da parte degli amministratori, sebbene, alla luce della loro valenza dissuasiva, possano, secondo alcuni, dimostrare una *“notevole attitudine impeditiva”*¹⁷⁶. In proposito, si sottolinea, ancora una volta, che tutte le manifestazioni di dissenso espresse dai sindaci, anche individualmente, rappresentano dei rimedi validi alla *mala gestio* degli

¹⁷⁴ TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., p. 573.

¹⁷⁵ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 279.

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 282. L'autore sul punto amplia la trattazione esemplificando: *“nel caso della partecipazione al consiglio di amministrazione, ad esempio, è immaginabile che l'intervento di un sindaco su determinate operazioni che i delegati in conflitto d'interessi siano in procinto di perfezionare – così cagionando un danno patrimoniale alla società – possa allertare gli amministratori non esecutivi e indurre gli stessi a ritirare le deleghe. Come pure potrebbe astrattamente avere idoneità preventiva l'intervento con cui il sindaco ponga all'attenzione dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio la distrazione dei beni sociali in corso di realizzazione da parte degli esecutivi o la programmazione di un'operazione finanziaria artificiosa ai sensi dell'art. 2637 c.c.: la maggioranza potrebbe infatti, tra le altre cose, proporre l'azione sociale di responsabilità con conseguente revoca automatica degli amministratori, ricorrendo i presupposti dell'art. 2392 co. 5 c.c.”*.

amministratori nella misura in cui le stesse intervengano su di un disegno criminoso *in itinere*, prima che si perfezionino i relativi reati¹⁷⁷.

Nonostante le perplessità sopra riportate, la prassi giurisprudenziale, ha riconosciuto con frequenza la posizione di garanzia dei sindaci e la loro responsabilità penale in virtù degli artt. 110 cod. pen. e 40 co. 2 cod. pen., nella forma del concorso omissivo nell'altrui reato commissivo. Secondo parte della dottrina, però, ciò avrebbe comportato *“un'indebita estensione della responsabilità civile (...) per i danni conseguenti ad una scorretta gestione societaria, imputando loro anche penalmente le condotte illecite degli amministratori”*¹⁷⁸. La giurisprudenza, inoltre, avrebbe ampliato l'applicabilità di tali norme non solo ai reati causali puri (primi fra tutti quelli societari, tra gli elementi costitutivi dei quali rientra il danno patrimoniale quale evento), ma anche ai reati a condotta vincolata o di mera condotta (reati urbanistici, ambientali, fiscali), laddove, secondo alcuni, *“la responsabilità penale per omesso impedimento, ove riconosciuta, dovrebbe quantomeno limitarsi ai reati propri degli amministratori, ovvero essere circoscritta alla tutela diretta dell'interesse sociale, il cui contenuto non può ampliarsi fino a comprendere l'interesse pubblico alla legalità”*¹⁷⁹.

Tralasciando per un momento i dubbi connessi alla configurabilità di una posizione di garanzia in capo ai sindaci – e alla possibilità di provare oltre ogni ragionevole dubbio l'efficacia impeditiva di talune condotte dei sindaci – resta comunque aperta la questione dell'elemento soggettivo, peraltro da ricondurre in capo ad ogni singolo componente del collegio sindacale, per le ragioni sopra illustrate relative ai limiti connaturati a contestazioni penali rivolte nei confronti di organi collegiali.

Sul punto, merita una considerazione preliminare: parrebbe contraddittorio ammettere una consapevolezza dei sindaci circa gli illeciti posti in essere dagli amministratori (o in via di perfezionamento), qualora gli stessi non abbiano adempiuto ai propri doveri di vigilanza. Detto in altri termini, ad un omesso controllo, dovrebbe corrispondere, statisticamente, un'ignoranza delle condotte altrui. Soltanto l'aver adempiuto ai doveri di controllo potrebbe rappresentare il presupposto della conoscenza concreta degli

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 283.

¹⁷⁸ TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit. pp. 567-568.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

illeciti commessi dagli amministratori e, quindi, la condizione necessaria per poter affermare almeno la sussistenza di un dolo eventuale. L'assenza del momento rappresentativo, invece, sposterebbe il baricentro della responsabilità sul terreno della colpa, rendendo quindi impossibile imputare ai sindaci, a titolo di concorso omissivo, fattispecie, quali quelle societarie e fallimentari, per loro natura dolose¹⁸⁰. E in ogni caso, come sottolineato in precedenza (par. 1.2.), perché si possa parlare di concorso colposo nell'altrui reato doloso, seppur nei limiti circoscritti dalla giurisprudenza, occorrerebbe che la condotta che accede a quella dolosa sia sanzionata autonomamente dall'ordinamento a titolo di colpa, la qual cosa non accade nella maggior parte dei reati contestabili agli amministratori di società (ipotesi marginale è infatti rappresentata, ad esempio, dalle contravvenzioni ambientali, che comunque nella prospettiva dei sindaci rivestirebbero una rilevanza pressoché nulla).

Ovviamente, laddove risultasse provata la consapevolezza in capo ai sindaci degli illeciti degli amministratori, non apparirebbe problematico configurare un'ipotesi di concorso doloso, qualora, pur in assenza di una effettiva posizione di garanzia e un obbligo giuridico di attivarsi per impedire l'altrui reato, l'inerzia del sindaco sia quantomeno apprezzabile nell'ambito del concorso di persone, sotto il profilo del contributo morale¹⁸¹.

A parere di chi scrive, premesso che, comunque, come anticipato in precedenza, la posizione di garanzia deve essere individuata con riferimento a ciascun sindaco – non potendo le attribuzioni del collegio sindacale, nella sua collegialità, valere a definirla – occorrerà in primo luogo valutare il comportamento di ciascuno nell'ambito delle attribuzioni riconosciute al collegio; infatti, la posizione di garanzia fondata sui poteri di natura collegiale, dovrebbe essere indagata con riferimento a ogni componente, onde verificare se via sia stato dissenso da parte di alcuni rispetto a determinate decisioni del collegio stesso; in una simile evenienza, occorrerebbe poi chiedersi se i poteri riconosciuti al sindaco, *uti singulus* – quali quelli connessi alla partecipazione alle adunanze e alle assemblee – sarebbero stati idonei a rimediare all'inerzia dell'intero collegio e, una volta appurato ciò, verificare se tale intervento potesse dimostrare una reale efficacia impeditiva. Ad esempio, potrebbe ipotizzarsi una

¹⁸⁰ IORIO A. SERENI S., *Il collegio sindacale nelle S.r.l.*, Gruppo 24 Ore, 2011, p. 149.

¹⁸¹ CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Giuffrè, 2008, p. 42.

situazione giudiziale nella quale sia dimostrabile che un sindaco avesse in concreto il potere di attivarsi per sostenere, all'interno del collegio, l'opportunità dell'adozione di una delibera favorevole alla procedura *ex art. 2409 cod. civ.*, sempre che l'attivarsi in tal senso presentasse i connotati della "tempestività"¹⁸². È di fondamentale importanza, infatti, che l'attivarsi del singolo sindaco si collochi, dal punto di vista cronologico, in un momento precedente rispetto alla commissione del reato che bisognava impedire.

In conclusione, in assenza di una puntuale indicazione di obblighi giuridici impeditivi da parte del legislatore, parrebbe arduo ipotizzare una responsabilità penale in capo ai sindaci a titolo di concorso omissivo improprio, salvo che in limitatissimi casi, laddove una verifica *ex post* dimostri che "i poteri astrattamente attribuiti ai sindaci" potessero "utilmente essere impiegati in quel contesto" e che "il loro esercizio avrebbe avuto una reale efficacia impeditiva"¹⁸³, rispetto comportamenti illeciti di cui gli stessi erano a conoscenza.

In alternativa, in assenza di una riconosciuta posizione di garanzia, rimarrebbe sempre aperta la strada del concorso ai sensi dell'art. 110 cod. pen., salva la puntuale ricostruzione dell'elemento soggettivo e la prova dell'efficacia causalmente rilevante della condotta del sindaco rispetto all'illecito perpetrato dall'amministratore.

4. Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione

In materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, il tema delle posizioni di garanzia gode, comprensibilmente, di particolare attenzione, alla luce della delicatezza degli interessi tutelati.

A differenza che in altri settori, in tale ambito si assiste ad una puntuale indicazione dei "garanti" da parte del legislatore (cfr. cap. I, par. 1.1.), come si è già avuto modo di vedere in precedenza, non senza il rischio, paventato da alcuni, che il diritto penale si tramuti in uno "*strumento di allocazione del rischio*", attraverso l'individuazione di forme di responsabilità "da posizione", con un'inevitabile tensione con il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.; d'altro canto, una mancata individuazione formale

¹⁸² *Ivi*, pp. 308-309.

¹⁸³ *Ibidem*.

di circoscritte posizioni di garanzia, potrebbe creare situazioni di incertezza intollerabili in un terreno, quello infortunistico, dove l'attività umana si manifesta spesso fallace, determinando una “*deresponsabilizzazione*” dei soggetti a vario titolo protagonisti¹⁸⁴.

L'equilibrio è rappresentato, nel nostro ordinamento, dall'art. 299¹⁸⁵ d.lgs. 81/2008, imperniata sul principio c.d. di effettività. In virtù di tale principio, acquisiscono rilevanza non soltanto i ruoli formalmente attribuiti in capo a determinate figure all'interno dell'organigramma aziendale, quanto le funzioni in concreto svolte nonché i poteri decisionali e di spesa effettivamente esercitabili¹⁸⁶.

Il primo soggetto individuato quale responsabile, anche ai fini dell'ordinamento penale, è il datore di lavoro, ossia colui che ricopre all'interno dell'organizzazione societaria una posizione apicale e, in quanto tale, considerato l'unico in grado di disporre del più ampio potere decisionale e di spesa. Preso atto del dato empirico che ha dimostrato l'impossibilità, per il datore di lavoro – e per gli altri soggetti individuati dalla normativa come destinatari di obblighi di garanzia (dirigenti e preposti) – di assolvere ai numerosi adempimenti loro richiesti nonché la necessità che costoro si avvalessero del supporto tecnico di altri soggetti, si è sviluppato in via interpretativa l'istituto della delega di funzioni, poi definitivamente disciplinato dall'art. 16 d.lgs. 81/2008¹⁸⁷. La delega di funzioni è definibile come “*l'atto organizzativo di natura*

¹⁸⁴ RANDON M., *Le posizioni di garanzia in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro tra criterio formalistico e principio di effettività*, in Cass. Pen., fasc. 7-8/2018, p. 2640.

¹⁸⁵ L'art. 299 in parola prevede che “*le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti*”.

¹⁸⁶ RANDON M., *Le posizioni di garanzia in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro tra criterio formalistico e principio di effettività*, in Cass. Pen., fasc. 7-8/2018, p. 2641.

¹⁸⁷ La norma in parola così recita: “*(1) La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: a) che essa risulti da atto scritto recante data certa; b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate; e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto. (2) Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità. (3) La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4. (3-bis) Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo*

negoziale che opera la traslazione di specifici doveri ('funzioni') rilevanti in sede penale (riguardanti di norma il controllo di fonti di rischio per beni penalmente tutelati), unitamente ai poteri giuridico-fattuali necessari ad adempiere, dal titolare ex lege (garante 'originario') a un altro soggetto, che assume così la veste di garante 'derivato'»¹⁸⁸.

Il dubbio che si è posto è se, a prescindere da una delega espressa in tal senso, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (di seguito "RSPP"), sia da considerarsi titolare di un'autonoma posizione di garanzia, tale da affiancare il datore di lavoro, sollevandolo addirittura da responsabilità¹⁸⁹.

Per arrivare a sciogliere tali nodi, occorre analizzare l'impianto globale del d.lgs. 81/2008.

Innanzitutto, non è superfluo ricordare come il servizio di prevenzione e protezione sia "*l'insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori*" (art. 2 lett. 1) d.lgs. 81/2008).

Il servizio di prevenzione e protezione (e, quindi, il responsabile), ai sensi dell'art. 33 co. 1 d.lgs. 81/2008, provvede ad effettuare il *risk assessment*; valutare i rischi stessi, individuando le misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro; elaborare, per quanto di sua competenza, i contenuti del documento di valutazione dei rischi nonché le misure di sicurezza per le diverse attività aziendali; proporre i programmi di formazione e informazione da diffondere tra i lavoratori.

Interessante notare l'espressione utilizzata dal legislatore, laddove chiarisce che il servizio di prevenzione e protezione è "*utilizzato*" dal datore di lavoro (art. 33 co. 3); ciò varrebbe a suffragare la convinzione di come il RSPP abbia una posizione "*tecnica e ancillare rispetto alla figura del datore di lavoro, sul quale ricade il vero e proprio*

non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate".

¹⁸⁸ FERRO V., *Delega di funzioni: i confini della posizione di garanzia e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2014, p. 442.

¹⁸⁹ cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 16.12.2013, n. 50605, in *Dir. proc. pen.*, 4/2014, pp. 440 e ss. Il caso trattato da tale pronuncia prende in esame, tra le altre cose, una delega rilasciata dal datore di lavoro che, oltre a essere priva di data certa (e per ciò stesso invalida), non conteneva alcuna indicazione della volontà di trasferire in capo al soggetto delegato un obbligo di garanzia, limitandosi soltanto a designare il responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

*dovere di intervento, in piena simmetria con la pertinenza del relativo potere organizzativo di cui quest'ultimo è titolare*¹⁹⁰.

Il responsabile di tale servizio, in altre parole, sarebbe tenuto a coadiuvare il datore di lavoro “*individuando e segnalando tutti i rischi connessi all'attività e proponendo le soluzioni adeguate al loro superamento*”¹⁹¹. Lo stesso, dunque, ricoprirebbe un ruolo integrativo e strumentale rispetto a quello del datore di lavoro, con funzioni di “*supporto informativo, valutativo e programmatico*”, anche in considerazione dal fatto che il legislatore non gli riconosce poteri decisionali e di spesa¹⁹².

Nonostante le considerazioni che precedono, la ricostruzione del perimetro della responsabilità penale del RSPP, è stata una questione grandemente controversa.

Nell'ambito del dibattito, si è distinto tra due ambiti di possibile colpevolezza: quello afferente la responsabilità per fattispecie contravvenzionali di natura preventiva, in quanto derivanti dalla violazione di norme di pericolo astratto; e quello relativo alla responsabilità per i reati colposi d'evento, ossia l'omicidio e le lesioni occorse a causa di infortuni sul lavoro o di malattie professionali.

Nel primo caso, risulta pacifico che il RSPP non possa essere ritenuto responsabile, mancando espresse disposizioni sanzionatorie¹⁹³ e, inoltre, non rientrando lo stesso tra i soggetti legittimati alla procedura di estinzione delle contravvenzioni antinfortunistiche di cui agli artt. 19 e ss. del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758: sotto tale ultimo profilo, sarebbe evidente l'ingiustificabile disparità di trattamento del RSPP rispetto ad altri soggetti abilitati ad usufruirne.

Quanto alla sfera dei reati colposi d'evento, in giurisprudenza si sono registrati due orientamenti.

Da una parte, l'orientamento che ha attribuito rilevanza penale alla condotta del RSPP che per colpa – consistita nella violazione di criteri di diligenza, prudenza e perizia – abbia dato o nell'inosservanza di leggi e discipline, “*abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così,*

¹⁹⁰ PELUSI L.M., *Competenza per il rischio di responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza del lavoro: le figure del committente, dei coordinatori per la sicurezza e del RSPP*, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8/2014, p. 2623.

¹⁹¹ FERRO V., *Delega di funzioni*, cit., p. 444.

¹⁹² PELUSI L.M., *Competenza per il rischio di responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza del lavoro*, cit., p. 2623.

¹⁹³ *Ibidem*.

*il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale*¹⁹⁴.

Il RSPP, in una simile evenienza, risponderebbe insieme al datore di lavoro *“dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo”*¹⁹⁵.

In una tale prospettiva, l'obbligo giuridico del RSPP consisterebbe nel *“collaborare con il datore di lavoro”*, potendo essere chiamato a rispondere come garante per gli eventi che si verificano come conseguenza dell'inadempimento dei suoi obblighi connessi all'individuazione dei rischi¹⁹⁶.

Ancora, si è affermato che *“l'omissione colposa al potere-dovere di segnalazione in capo al RSPP, impedendo l'attivazione da parte dei soggetti muniti delle necessarie possibilità di intervento, finirebbe con il costituire (con)causa dell'evento dannoso verificatosi in ragione della mancata rimozione della condizione di rischio: con la conseguenza, quindi, che (...) ben potrebbe (rectius, dovrebbe) essere chiamato a rispondere insieme a questi (in virtù del combinato disposto dell'art. 113 c.p. e art. 41 c.p., comma 1) dell'evento dannoso derivatone”*¹⁹⁷.

Altro indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto che non sia individuabile alcuna posizione di garanzia in capo al RSPP. Lo stesso, infatti, è considerato alla stregua di un *“consulente”*, le cui valutazioni sono fatte proprie dal datore di lavoro, che se ne avvale laddove non possieda le necessarie conoscenze tecnico-specialistiche in determinate materie¹⁹⁸. Si è affermato, in tal senso che, il RSPP *“non ha un ruolo operativo che possa fondare una autonoma posizione di garanzia”*¹⁹⁹.

Infine, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel noto caso ThyssenKrupp²⁰⁰, pur ribadendo il ruolo consulenziale del RSPP, lo hanno definito quale garante, avente l'obbligo giuridico di adempiere con diligenza il proprio incarico e di individuare i rischi insiti all'attività lavorativa, dettando le opportune indicazioni tecniche per risolverli e scoraggiando il datore di lavoro dall'assumere soluzioni convenienti sotto il profilo economico ma rischiose per la sicurezza dei lavoratori. La particolarità di

¹⁹⁴ cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 23.4.2008, n. 25288, in *www.dejure.it*.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 7.5.2013, n. 42493, in *www.dejure.it*.

¹⁹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 21.12.2010, n. 2814, in *www.dejure.it*.

¹⁹⁸ FERRO V., *Delega di funzioni*, cit., p. 444.

¹⁹⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 7.4.2011, n. 22334, in *www.dejure.it*.

²⁰⁰ Cass. Pen., SSUU., 24.4.2014, n. 38343, in *www.dejure.it*.

tale posizione di garanzia, tuttavia, risiede proprio nell'esser priva di quei poteri impositivi direttamente idonei ad influire sulla situazione pericolosa, caratterizzandosi invece per dei poteri "deboli", capaci di influire solo in via mediata attraverso l'attività di segnalazione verso il datore di lavoro e la disincentivazione di soluzioni inaccettabili per la tutela della sicurezza.

A sostegno della tesi della tesi che esclude la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al RSPP militerebbero vari elementi. In primo luogo, si è parlato della mancata previsione di obblighi penalmente sanzionati riservati al RSPP; tuttavia, tale argomento non sarebbe di per sé decisivo per escludere il ruolo di garante, in quanto *"l'assenza di obblighi penalmente sanzionati si spiega agevolmente proprio per il fatto che il servizio è privo di un ruolo gestionale, decisionale, e svolge solo una funzione di supporto alle determinazioni del datore di lavoro"*²⁰¹.

A ben vedere, i componenti del servizio di prevenzione e protezione (e quindi anche il RSPP), con l'assunzione dell'incarico, un obbligo giuridico lo assumono: più precisamente, quello di svolgere diligentemente le funzioni loro assegnate. È tuttavia evidente come la mera assunzione dell'incarico, unitamente all'obbligazione di eseguire con diligenza i compiti connessi al proprio ruolo, non possa comportare in alcun modo l'insorgere di un obbligo di impedire l'evento rilevante ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen.²⁰²

Si è altresì puntata l'attenzione sul dato testuale rappresentato dall'art. 299 d.lgs. 81/2008 e dall'art. 33 d.lgs. 81/2008. La prima norma, relativa all'"*esercizio di fatto di poteri direttivi*"', nonostante alcune voci di dissenso in dottrina²⁰³, presenterebbe un argomento per sostenere, *a contrario*, l'assenza di una posizione di garanzia in senso tecnico, in virtù del fatto che la stessa si riferisce unicamente al datore di lavoro, al dirigente e al preposto, senza alcuna menzione al RSPP. Invero, l'esercizio di fatto dei poteri direttivi, idoneo a fondare la posizione di garanzia non è preso minimamente in considerazione con riferimento a tale ultima figura²⁰⁴.

²⁰¹ Cass. Pen., Sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, in www.dejure.it.

²⁰² PELUSI L.M., *Competenza per il rischio di responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza del lavoro*, cit., p. 2629.

²⁰³ LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in GIUNTA F., MICHELETTI D. (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, pp. 109 e ss.

²⁰⁴ PELUSI L.M., *Competenza per il rischio di responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza del lavoro*, cit., p. 2631.

Tra l'altro, l'art. 33 d.lgs 81/2008 contiene, nella rubrica, il termine "*compiti*", a differenza di quanto accade negli artt. 18 e ss. che, nel definire le funzioni degli altri protagonisti del sistema prevenzionistico, recano espressamente la parola "*obblighi*"²⁰⁵.

La lettura congiunta delle norme sopra citate, in particolare degli artt. 16, 33 e 299, convaliderebbe l'idea secondo cui l'intenzione del legislatore non fosse quella di assegnare a tale figura alcun potere tipico della funzione di garanzia (organizzativo, gestorio e di controllo), potere che, per definizione, deve essere idoneo ad atteggiarsi quale "*intervento risolutivo sul bene protetto*"²⁰⁶.

Tali conclusioni, peraltro, consentirebbero di evitare anche la "*pericolosa confusione*" tra il piano della nomina del RSPP e il piano della delega di funzioni: "*la nomina del RSPP non integra un trasferimento di funzioni datoriale, in quanto le funzioni che la legge impone al Responsabile non pertengono alla sfera dei poteri doveri di organizzazione*"²⁰⁷.

A prescindere da quanto esposto sopra, certo non possono trascurarsi le ipotesi in cui l'evento dannoso per la salute e la sicurezza dei lavoratori si sia verificato in virtù di 'sottovalutazione' dei rischi, nella quale il RSPP abbia avuto un ruolo fondamentale. In tal senso si spiega l'impostazione giurisprudenziale più 'severa', evidentemente dettata dalla preoccupazione che la sfera di responsabilità del datore di lavoro si allarghi eccessivamente fino a ricomprendere situazioni che fuoriescono dalle sue competenze tecnico-scientifiche²⁰⁸. Tuttavia, come d'altronde autorevolmente

²⁰⁵ PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009, p. 153.

²⁰⁶ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 142.

²⁰⁷ *Ivi*, p. 143. Per completezza, si segnala come gli autori prendano in considerazione anche l'ipotesi in cui alla nomina del RSPP "*si accompagni l'attribuzione di adeguati poteri di organizzazione e di spesa, che potrebbero conferire al soggetto il duplice ruolo di Dirigente per la sicurezza e di RSPP*", senza mancare di evidenziare come tale cumulo di funzioni non risponderebbe comunque a parametri di "*sana gestione della sicurezza, determinando una sovrapposizione tra il ruolo di valutazione tecnica del rischio e quello di gestione del rischio stesso*". Sulla questione della diversità 'ontologica' tra nomina del RSPP e delega di funzioni, cfr. anche Cass. Pen., Sez. IV, 6.12.2007, n. 6277, in www.dejure.it: "*La mera designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione non costituisce una delega di funzioni e non è dunque sufficiente a sollevare il datore di lavoro e i dirigenti dalle rispettive responsabilità in tema di violazione degli obblighi dettati per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*".

²⁰⁸ PELUSI L.M., *Competenza per il rischio di responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza del lavoro*, cit., p. 2629.

evidenziato, tali preoccupazioni non possono risolversi in un aggravamento della posizione del RSPP²⁰⁹ il quale, alla luce di un'interpretazione fedele al dato letterale dell'art. 33 d.lgs. 81/2008, che ne dimostrerebbe la natura strumentale ed ancillare, non è destinatario di alcun obbligo giuridico di impedire l'evento e, conseguentemente, di alcun potere impeditivo.

Dal punto di vista di chi scrive, è importante sottolineare come le pronunce innanzi menzionate – che riconoscono in capo all'RSPP specifici obblighi giuridici derivanti dall'art. 33 d.lgs. 81/2008 – pur servendosi di terminologie affini alla sfera del reato omissivo improprio di cui all'art. 40 co. 2 cod. pen. (“garante”, “obbligo giuridico”), finiscano per attribuire alla condotta manchevole del RSPP il peso di un antecedente causale dell'evento dannoso, secondo il paradigma giuridico del concorso di persone colposo ai sensi dell'art. 113 cod. pen., e del concorso di cause *ex art.* 41 cod. pen.²¹⁰. Infatti, qualora l'evento sia causato da un'erronea valutazione dei rischi, “*sarebbe arduo escludere la responsabilità dell'esperto chiamato ad applicare le proprie cognizioni tecniche, il quale dovrà rispondere per aver cagionato l'evento lesivo, con una condotta commissiva sorretta da colpa professionale*”²¹¹. D'altronde, la stessa giurisprudenza richiamata e analizzata in precedenza (v. par. 1.2.) ha riconosciuto come non sia affatto necessario che il soggetto agente rivesta una posizione di garanzia e che abbia violato una regola cautelare, apparendo sufficiente un contributo idoneo ad aggravare il rischio e a contribuire causalmente nella realizzazione dell'evento; tutto ciò unito all'adesione intenzionale dell'agente “*all'altrui azione negligente, imprudente o inesperta, assumendo così sulla sua azione (anche di sola agevolazione) il medesimo disvalore che, in origine, è caratteristico solo dell'altrui comportamento*”²¹².

Sia consentita una precisazione a proposito del richiamo contestuale, operato da parte della giurisprudenza, agli artt. 41 co. 1 e 113 cod. pen.. E' cosa nota, infatti, che gli istituti del concorso di cause indipendenti e della cooperazione colposa siano

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Invero, dal testo delle sentenze in commento, si desume come manchi qualsiasi riferimento all'art. 40 co. 2 cod. pen. nelle contestazioni formulate contro gli imputati.

²¹¹ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 144.

²¹² Cass. Pen., Sez. IV, 3.10.2013, n. 43083, in www.dejure.it.

profondamente diversi e, anzi, posti in un rapporto di totale alternatività, presupponendo il primo quell'assenza di alcun legame psicologico tra le condotte causalmente rilevanti e riferibili a soggetti diversi, che invece deve sussistere nel secondo. Tale orientamento giurisprudenziale, dunque, validerebbe l'idea che il RSPP possa essere chiamato a rispondere dell'evento morte o lesioni, in virtù di una condotta concorrente con quella di altri soggetti, ai sensi dell'art. 113 qualora vi sia consapevolezza dell'altrui condotta, ai sensi dell'art. 41 co. 1 in caso contrario²¹³.

Posta la questione in tali termini, a nostro avviso, non potrebbe parlarsi di 'contrasto' tra i diversi orientamenti sopra esposti, ove si consideri che nemmeno le sentenze inclini a riconoscere la responsabilità penale del RSPP fanno riferimento alla disciplina del concorso omissivo improprio.

Occorre dunque prestare particolare attenzione ai paradigmi utilizzati, anche per evitare una pericolosa sovrapposizione tra i due distinti piani della posizione di garanzia in senso tecnico e il c.d. momento omissivo della colpa; colpa che può consistere anche in atteggiamenti omissivi sfocianti in condotte attive che, nel caso del RSPP, si sostanzierebbero nel fornire suggerimenti sbagliati al datore di lavoro. La presa d'atto di tale differenza basilare è assolutamente necessaria per non trasformare le regole di diligenza professionali in obblighi di attivarsi per impedire la morte o le lesioni dei lavoratori, pena lo "*stravolgimento della stessa funzione tipizzante delle regole cautelari nella struttura del reato colposo*"²¹⁴.

In conclusione, la soluzione più equilibrata – e condivisibile – parrebbe dunque essere quella di ammettere margini per poter riconoscere una responsabilità a titolo di concorso commissivo colposo *ex art. 113 cod. pen. del RSPP*. Infatti, nonostante quest'ultimo non rivesta direttamente una posizione di garanzia che lo obblighi a impedire l'evento morte o lesioni dei lavoratori, è tenuto ad osservare l'obbligo giuridico di fornire la propria collaborazione al datore di lavoro individuando i rischi tipici dell'attività aziendale e indicando gli opportuni accorgimenti tecnici per eliminarli, essendo dotato di specifiche competenze in tal senso. Ne deriva che nell'accertamento delle rispettive responsabilità dei soggetti coinvolti, "*occorrerà*

²¹³ DOVERE S., *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2016, 1, p. 83.

²¹⁴ *Ibidem*.

*verificare in concreto l'incidenza che le valutazioni compiute dal RSPP hanno avuto sulla predisposizione dei presidi antinfortunistici, e in generale, sulle decisioni prese in materia di sicurezza*²¹⁵.

²¹⁵ FERRO V., *Delega di funzioni*, cit., p. 444.

CAPITOLO IV - LA RESPONSABILITA' DELL'ODV NELL'ELABORAZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa: le interconnessioni tra più piani di un unico sistema normativo integrato.- 2. I possibili ambiti entro cui ipotizzare la responsabilità penale dei componenti dell'OdV.- 3. Il dibattito sulla (in)sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV. L'inconfigurabilità della responsabilità ex art. 40 co. 2 cod. pen.- 3.1. L'indagine sulla sussistenza di una posizione di garanzia con riferimento alla materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.- 4. La residua possibilità di ipotizzare una responsabilità ai sensi dell'art. 113 cod. pen.- 5. Una prima (e unica) pronuncia in materia di responsabilità dei componenti dell'OdV.- 6. La posizione dell'OdV a confronto con quella di altre figure.- 7. La responsabilità civile dell'OdV.- 8. Conclusioni.

1. Premessa: le interconnessioni tra più piani di un unico sistema normativo integrato

Si è già avuto modo di evidenziare, nella parte iniziale del presente lavoro (cap. I), come per affrontare le tematiche riguardanti l'Organismo di Vigilanza occorra tenere conto dei principi cardine relativi alla responsabilità amministrativa degli enti e ai Modelli organizzativi.

Successivamente, nel III capitolo, è apparso doveroso trattare alcuni punti fondamentali afferenti la disciplina della *corporate governance*.

In proposito, si rileva come la riforma di diritto societario abbia segnato un momento essenziale nell'evoluzione della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti. Come perspicacemente osservato¹, gli artt. 2381 e 2403 cod. civ. rappresentano, a seguito del *restyling* subito ad opera della riforma in parola, la “*saldatura tra il sistema della responsabilità esterna (e cioè della società nei confronti del mondo esterno, per i reati commessi dai suoi amministratori) e il sistema della responsabilità interna (degli amministratori² nei confronti della società e degli altri soggetti danneggiati dai predetti comportamenti)*”.

¹ BAUDINO A., SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 62.

² *n.d.r.*: oltre che degli amministratori anche dei sindaci.

Il d.lgs. 231/2001 ha da sempre concentrato la propria attenzione sulla “*rilevanza esterna*” dell’assetto delle organizzazioni complesse, sanzionando le carenze organizzative in grado di facilitare la commissione di illeciti da parte di soggetti posti in rapporto funzionale con l’ente stesso, con finalità deterrenti rispetto a condotte suscettibili di cagionare danni a terzi. Con l’entrata in vigore del d.lgs. 6/2003 si è attribuita importanza, invece, alla “*rilevanza interna*” dell’organizzazione societaria. Si è così fatto in modo che l’“*adeguatezza*” dell’assetto organizzativo dell’ente assurgesse al rango di parametro per eccellenza, sulla base del quale valutare la responsabilità degli amministratori e dei sindaci rispetto alla società stessa, per i danni prodotti da inadeguati processi di controllo di gestione³.

Da tali premesse discendono le seguenti constatazioni⁴, a riprova di come tutti gli elementi sopra descritti debbano essere concepiti quali piani diversi, benché parti di unico sistema normativo integrato.

In primo luogo, la sanzione rivolta all’ente, all’esito di un procedimento giudiziale volto ad accertare la responsabilità dello stesso ai sensi delle disposizioni del Decreto, si traduce non solo in un’offesa di beni giuridici collocati all’esterno all’ente, ma anche in una lesione di interessi facenti capo all’ente stesso, in persona dei soci, oltre che dei creditori (tale ultima evenienza si verificherebbe, ad esempio, in caso di applicazione di sanzioni interdittive dell’attività).

In secondo luogo, alla luce del fatto che la sanzione applicata ai sensi del d.lgs. 231/2001 comporta un inevitabile danno ai soci dell’ente, occorrerà verificare se tale danno sia causalmente riconducibile ad un inadempimento, da parte di amministratori e sindaci, dei doveri di controllo sanciti dalla normativa societaria. A tal fine, sarebbe percorribile la strada dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e sindaci inadempienti, oltre che una parallela azione penale, qualora ne ricorrano i presupposti.

Ne deriva ulteriormente che, in presenza di comprovati errori o carenze valutative riguardo all’adeguatezza e all’efficienza del sistema organizzativo in chiave preventiva di reati – se non addirittura di consapevoli omissioni o accordi criminosi – gli amministratori e sindaci potrebbero essere chiamati a risarcire i soggetti che hanno subito

³ BAUDINO A., SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell’organismo di vigilanza*, cit., p. 61.

⁴ *Ivi*, pp. 62-63.

danni in conseguenza delle violazioni commesse. Un esempio pratico di quanto fin qui affermato è peraltro racchiuso in quella giurisprudenza, di cui si è già dato atto (cap. I, par. 2.1.), che ha ravvisato una connessione tra la *mala gestio* degli amministratori (consistita nel non aver adottato il Modello 231) e il danno civile risarcibile, facendo coincidere quest'ultimo con l'entità della sanzione pecuniaria applicata all'ente condannato ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Analizzando da una diversa prospettiva il sistema integrato sopra descritto, non può non sfuggire che il concetto di “colpa” assume una valenza trasversale, andando a individuare tre diverse categorie di soggetti passibili di rimprovero⁵: ci si riferisce, innanzitutto, alla colpa che connota la condotta della persona fisica che ha commesso il reato presupposto – colpa da intendere, a nostro avviso, in senso lato e quindi idonea ad abbracciare anche l'ipotesi di commissione di reati dolosi; in secondo luogo, alla colpa c.d. di organizzazione insita alle – errate – scelte gestionali assunte da organi o dipendenti dell'ente (gli amministratori *in primis*, ma anche i sindaci, essendo le valutazioni di questi ultimi connesse all'attività dei primi); infine, la colpa dei “*componenti di organi strategici per la prevenzione dell'illecito*”, ovvero l'Organismo di Vigilanza.

A più piani di colpevolezza corrisponderebbero altrettanti centri di imputazione della responsabilità (penale e/o civile): l'autore del reato, l'organo societario (amministrativo e di controllo), l'Organismo di Vigilanza.

Secondo l'opinione di chi scrive, è proprio all'interno della sequenza logica sopra descritta che è dato cogliere le implicazioni date dalla forte correlazione tra distinti piani di disciplina normativa. È innegabile, infatti, che un sistema organizzativo “adeguato” presuppone, onde mandare esente l'ente in caso di reati commessi da apicali, l'esistenza di un Organismo che abbia vigilato sull'osservanza e sull'aggiornamento del Modello.

Di conseguenza, pare impossibile discettare, anche solo a livello teorico, a proposito di responsabilità dell'OdV (penale o civile che essa sia, come meglio si vedrà nel prosieguo), “*in assenza di un collasso del modello preventivo e quindi di una responsabilità dell'ente (...); a sua volta, la persona giuridica non può oviamente essere tratta sul banco degli imputati in assenza di un episodio delittuoso che risulti compiuto da organi o dipendenti*” (...). Non può esserci insomma un modello idoneo ed effettivo in presenza di un controllo

⁵ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impositivi e cautele relazionali, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Economia*, 3/2015, p. 426.

inadeguato da parte dell'organismo (...), ma non può nemmeno configurarsi una responsabilità dei membri dell'OdV prima o a prescindere dalla responsabilità dell'ente, poiché i doveri dell'organismo di controllo possono essere compresi solo sotto la presupposizione logica di un modello organizzativo”⁶.

Quid iuris, dunque, nell'ipotesi in cui un reato presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente sia commesso e l'attività dell'Organismo di Vigilanza si sia dimostrata carente?

2. I possibili ambiti entro cui ipotizzare la responsabilità penale dei componenti dell'OdV

Per ipotizzare una forma di responsabilità penale in capo ai componenti dell'OdV, non è sufficiente che nell'ambito dell'ente sia stato commesso un qualsiasi reato, essendo invece necessaria una contestazione all'ente proprio ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Detto in altri termini, perché parlare di responsabilità dell'OdV acquisti pregnanza, sarebbe necessario che i membri dell'Organismo fossero in grado di commettere i reati presupposto della responsabilità amministrativa. È quindi da questo ambito che partirà l'analisi onde verificare se vi siano particolari classi di reato maggiormente suscettibili, rispetto ad altre, di fondare l'eventuale responsabilità, in capo sia all'individuo che all'ente.

A tal fine, è importante separare il piano della commissione 'diretta' di reati da parte dei componenti dell'OdV da quello attinente al concorso di persone, tenendo altresì conto della distinzione tra reati "propri" (per la commissione dei quali è necessario che il soggetto agente rivesta una determinata qualifica o che si trovi in una particolare posizione rispetto al bene giuridico tutelato) e i reati "comuni" (realizzabili da "chiunque").

Per quanto concerne la categoria dei reati comuni (si pensi, solo per citarne alcuni, alla truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, ai reati in materia informatica, ecc.), vero è che essendo realizzabili da chiunque, potrebbero essere astrattamente posti in essere anche da un componente

⁶ *Ivi*, p. 427.

dell'OdV; tuttavia si consideri come manchi qualsiasi legame di immedesimazione organica tra tale figura e l'ente e, di conseguenza, come le condotte del primo non abbiano alcuna incidenza sulla sfera patrimoniale del secondo⁷, ciò traducendosi nell'insussistenza di un interesse o di un vantaggio per l'ente. Peraltro, anche a voler sottacere tali argomentazioni tecniche, è comunque difficile immaginare che il ruolo di OdV risulti compatibile con la commissione di simili illeciti, ove si consideri realisticamente la prassi aziendalistica e la concreta esplicazione delle funzioni dell'Organismo stesso⁸.

Conclusioni non dissimili possono raggiungersi con riferimento ai reati propri, come quelli contro la pubblica amministrazione o i reati societari, che per definizione vedono quali agenti unicamente soggetti qualificati: pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, nel primo caso; l'amministratore, i sindaci, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, il socio conferente, il direttore generale o il liquidatore, nel secondo caso. È evidente come in tale catalogo non possa assolutamente rientrare il componente dell'OdV, con evidenti conseguenze in termini di negazione di qualsiasi forma di responsabilità individuale diretta idonea a incardinare quella dell'ente ai sensi del Decreto⁹.

Detto ciò, resterebbe pur sempre un margine per ipotizzare forme di partecipazione dolosa al reato commesso da altri soggetti (eventualmente qualificati), secondo i principi generali dell'ordinamento penale. Infatti, analogamente a quanto si è visto per altri soggetto avente un ruolo all'interno della società (amministratori senza deleghe, sindaci), non potrebbe escludersi a priori il concorso di persone ai sensi dell'art. 110 cod. pen., qualora l'Organismo di Vigilanza, attraverso una deliberata inerzia, agevoli la commissione di reati da parte di esponenti societari o ne rafforzi il proposito criminoso. In definitiva, la sussistenza di una responsabilità penale dei componenti dell'OdV, sarebbe “*evenienza*

⁷ BAUDINO A., SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 74.

⁸ PARROTTAA., URBINATI F., *Reato dell'amministratore di fatto e la relativa responsabilità dell'ente e dell'organo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2017, p. 290.

⁹ BAUDINO A., SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, cit., pp. 69-70; 72-73.

*residuale e di rara verificaione*¹⁰, limitata alle ipotesi in cui i componenti dell'OdV concorrano personalmente e materialmente in un reato commesso da altri¹¹.

Tale conclusione ha trovato un fondamento sistematico in una delle previsioni della Relazione al d.lgs. 231/2001 che, al punto 3.2., nello specificare quali siano i soggetti apicali in grado di radicare, con la propria condotta, la responsabilità amministrativa – ossia quelli che esercitano funzioni di gestione e controllo e, di conseguenza, un “*vero e proprio dominio sull'ente*”, chiarisce anche che fuoriesce “*dall'orbita della disposizione l'esercizio di una funzione di controllo assimilabile a quella svolta dai sindaci. Costoro non figurano nel novero dei soggetti che, formalmente investiti di una posizione apicale, possono commettere illeciti che incardinano la responsabilità dell'ente: a maggior ragione, quindi, non è pensabile riferire una responsabilità all'ente per illeciti relativi allo svolgimento di una funzione che si risolve in un controllo sindacale di fatto*”. È evidente come le argomentazioni svolte per escludere che i sindaci possano determinare con la propria condotta l'agire delittuoso dell'ente, possano valere anche per l'Organismo di Vigilanza, privo com'è di “*funzioni di gestione e deliberazione circa la determinazione della politica aziendale*”¹².

Ben più complessa, tuttavia, appare la questione con riferimento ad un altro tipo di reati propri, quelli relativi al settore antinfortunistico regolato dal d.lgs. 81/2008. La riflessione merita però di vedersi riservato un apposito paragrafo (cfr. *infra*), essendosi concentrate proprio su tale ambito le principali discussioni dottrinarie in tema di sussistenza della posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV e di configurabilità della responsabilità penale sotto forma di concorso omissivo nell'altrui reato commissivo *ex art. 40 co. 2 cod. pen.* o di cooperazione colposa *ex art. 113 cod. pen.*

3. Il dibattito sulla (in)sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV. La (in)configurabilità della responsabilità *ex art. 40 co. 2 cod. pen.*

¹⁰ SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2/2015, p. 71.

¹¹ BERTI C., *Profili di responsabilità civile dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del D. Lgs n. 231/01*, in *La Resp. civile*, 7/2011, p. 543.

¹² SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, p. 72.

Giunti a questo punto della trattazione, giova ripercorrere brevemente i compiti e i poteri dell'OdV sui quali ci si è già soffermati in precedenza (cap. I, par. 3.4.1. e ss.), consapevoli di come la definizione degli stessi rivesta una fondamentale importanza nella delimitazione della responsabilità penale dei suoi componenti.

L'Organismo, come più volte ribadito, ha il compito di vigilare sull'effettività e sull'adeguatezza del Modello. Da una parte, dunque, lo stesso dovrà avere cura che i comportamenti posti in essere all'interno della società rispettino le prescrizioni del Modello in concreto adottato (effettività); dall'altra dovrà verificare che tale Modello si presenti come idoneo a prevenire la commissione dei reati presupposto di cui al Decreto (adeguatezza).

Sotto il primo profilo, lo stesso innanzitutto ha il potere-dovere di: compiere un'attività di indagine, sia diretta – attraverso controlli svolti in prima persona, anche 'a sorpresa' – che di secondo livello, per il tramite dei flussi informativi ottenuti dai referenti e dagli organi societari; promuovere e supervisionare (oltre che eventualmente svolgere direttamente) le attività di formazione ed informazione dedicate ai dipendenti, aventi ad oggetto la disciplina di cui al d.lgs. 231/2001 e il Modello adottato dall'ente; proporre le azioni disciplinari.

Con riferimento al secondo profilo dell'adeguatezza, l'OdV è tenuto ad analizzare l'effettiva capacità del Modello di prevenire i comportamenti illeciti, suggerendo le modifiche che dovessero dimostrarsi di volta in volta necessarie, anche in ragione del verificarsi di particolari eventi (significative violazioni del MOG, mutamenti organizzativi dell'ente, novelle normative, ecc.).

Ben si comprende come il ruolo dell'OdV sia principalmente propositivo e finalizzato a rintracciare gli aspetti problematici della gestione e a proporre le relative soluzioni, nonché a verificare l'effettiva messa in opera delle soluzioni proposte; in ultima analisi, l'organo dirigente rimane l'unico vero responsabile della scelta di aderire o meno ai suggerimenti avanzati dall'OdV, soprattutto per quel che concerne l'aggiornamento del MOG, essendo chiaro che qualora la decisione fosse quella di discostarsi, ciò non varrebbe ad esimerlo da una responsabilità politico-aziendale e finanche risarcitoria¹³.

¹³ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 148.

I poteri dell'OdV, dunque, sono unicamente di iniziativa e di controllo. I primi si sostanziano nella *“formulazione di proposte, pareri, osservazioni, denunce dirette ad altri organi”*; i secondi, invece, consistono *“nella verifica della conformità della prassi aziendale alle prescrizioni del modello organizzativo”*¹⁴.

L'OdV, in estrema sintesi, avrebbe una *“finalità preventiva indiretta”*¹⁵, coincidente non tanto con l'obiettivo di prevenire concreti illeciti, quanto con quello di garantire l'effettività del MOG. Da tale assunto deriva una considerazione con riferimento alla differenza intercorrente tra la condotta della singola persona fisica integrante reato e quella dei componenti dell'OdV: da una parte, infatti, si ha a che fare con una condotta individuale; dall'altra, con dei doveri collettivi, ponendosi la condotta diligente dell'OdV *“su un piano collettivo di organizzazione metaindividuale”*, al contrario del reato della persona fisica che si colloca sul piano dell'azione individuale: *“i compiti dell'OdV sono rivolti sempre all'organizzazione e, in termini di organizzazione, sono traducibili le azioni che i suoi componenti devono assumere”*. L'OdV, in definitiva, è nelle condizioni di gestire unicamente *“classi di ipotesi astratte, cui correlare cautele ad ampio spettro e propedeutiche a precauzioni più specifiche: quelli posti in essere dall'OdV sono modelli di azione doverosa di tipo collettivo, inconferenti rispetto allo statuto individualizzante della colpevolezza delle persone fisiche, che pretende una connessione specifica tra colpa e singolo evento storico”*¹⁶.

Dall'analisi delle attribuzioni riconosciute all'Organismo, così come ricostruite in via interpretativa dalla dottrina e dalle linee guida delle associazioni di categoria (né sarebbe possibile ricostruirle altrimenti, vista la laconicità del legislatore), deriva la conclusione che lo stesso sia assolutamente privo di poteri impeditivi rispetto alla commissione di reati, non potendo lo stesso in alcun modo interferire direttamente nelle scelte di gestione aziendale¹⁷. Infatti, come correttamente evidenziato, la posizione dei componenti dell'OdV all'interno dell'organizzazione aziendale *“non risulta funzionale ad una gestione dell'ente né consente loro di intromettersi nelle scelte dell'imprenditore circa le*

¹⁴ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., p. 406.

¹⁵ PEDRAZZI A., *Corporate governance e posizioni di garanzie: nuove prospettive in Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, II, p. 1375.

¹⁶ CONSULICH F., *“Vigilantes puniri possunt”*, cit., p. 442.

¹⁷ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., p. 405. L'autore in proposito osserva che la vigilanza dell'OdV *“non può di sicuro spingersi verso forme di controllo ‘preventivo’ sistematico, sugli atti di amministrazione, che porrebbero gli amministratori ‘sotto tutela’”*.

*modalità di conduzione dell'impresa; di conseguenza, non potendo impedire che certi reati siano portati a termine da altre persone che operano nell'ambito della persona giuridica sembra incongruo attribuire ai componenti dell'organismo di vigilanza una responsabilità per crimini in relazione ai quali non hanno alcuna possibilità di intervento*¹⁸.

Si consideri un'ulteriore elemento: è assodato che, in assenza della fonte dell'obbligo giuridico, risulta addirittura superfluo discutere circa la sussistenza di eventuali poteri impeditivi.

Tale assunto di base, valido per qualsiasi soggetto agente cui si voglia attribuire una responsabilità penale per omesso impedimento, non può che valere anche per i componenti dell'Organismo di Vigilanza. Il punto è che, con specifico riferimento a tale figura, il legislatore non ha mai espressamente individuato alcun obbligo giuridico, né tantomeno quello di impedire il compimento di reati-presupposto¹⁹.

È allora comprensibile come, in ragione di tali rilievi, laddove si volesse sostenere la tesi che riconosce una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV, non potrebbe che farsi leva sul richiamo ai compiti di vigilanza di cui agli artt. 6 e 7 del Decreto. In tale prospettiva, la "*consapevole inerzia*"²⁰ del componente che ometta i controlli dovuti o li svolga in maniera superficiale, facilitando in tal modo la commissione di reati da parte di esponenti societari, creerebbe il presupposto di applicabilità della clausola di equivalenza sancita dall'art. 40 co. 2 cod. pen., secondo cui non impedire un evento (*rectius*: un reato) che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo²¹.

Sul punto si è evidenziato, da parte di un autore in particolare²², come i criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità all'ente di cui agli artt. 6-7 postulino l'esercizio di un'attività di vigilanza e di controllo da parte di determinati soggetti – "*intranee*" – di fatto "*chiamati a prevenire la commissione di reati*" o ad evitare l'imputazione degli stessi all'ente. Il medesimo autore sul punto ulteriormente precisa che "*potenzialmente,*

¹⁸ SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, cit., pp. 71-72.

¹⁹ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., p. 412.

²⁰ *Ivi*, p. 411.

²¹ SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, cit., p. 71.

²² GARGANI A., *Imputazione del reato gli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1064-1065.

tutti i soggetti coinvolti nella progettazione, predisposizione, esecuzione, attuazione e applicazione dei protocolli (elaboratori, progettisti, vigilantes, investigatori, membri di commissioni disciplinari, supervisori, ecc.) potrebbero risultare destinatari di un obbligo giuridico di prevenzione/impedimento dei reati, discendente direttamente dal singolo modello organizzativo-gestionale adottato in concreto, quale attuazione della disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001, la quale assurgerebbe a vera e propria fonte generatrice primaria dell'obbligo giuridico di impedimento dei reati all'interno dell'impresa²³.

Secondo tale prospettiva, la disciplina di cui al Decreto, dunque, e tutto l'impianto della responsabilità amministrativa degli enti, avrebbe delineato una “*macro-posizione di garanzia*”, un obbligo “*collettivo*” di impedimento dell'attività criminosa che, pur gravando sull'ente, inevitabilmente finisce con il trasmettersi “*alla posizione giuridica delle persone fisiche, titolari di funzioni direttive o di controllo* (n.d.r.: alle quali potrebbe essere ricondotto, certo attraverso un'interpretazione elastica, anche l'OdV), *in termini di incremento degli obblighi di agire penalmente sanzionati*”. Di conseguenza, tale “*responsabilizzazione*” degli enti, in relazione alla “*garanzia di prevenzione dei reati (...), in un sistema retto da una disposizione generica come l'art. 40 co. 2 c.p. e dal principio di obbligatorietà dell'azione penale*” comporta la dilatazione della sfera delle posizioni di garanzia “*c.d. indirette*”, finalizzate ad evitare le altrui condotte penalmente rilevanti.

In definitiva, la tesi riportata dall'autore – peraltro non senza perplessità e preoccupazione – è che la “*minimizzazione del rischio reato, che sottende la disciplina dei criteri di imputazione soggettiva della responsabilità dell'ente*” crea “*di riflesso una torsione 'teleologica' del sistema, producendo effetti destabilizzanti nell'ambito della responsabilità individuale*”.

C'è poi chi ha sottolineato, a dispetto di tutte le osservazioni svolte dalla dottrina maggioritaria, come l'OdV non sia totalmente privo di poteri impeditivi, disponendo al contrario di poteri di intervento “*mediati*” tali da “*sollecitare azioni impeditive altrui*” o da frapporre ostacoli in grado di “*ritardare o rendere più difficoltoso, e quindi meno appetibile, il reato del controllato*”. Sarebbe quindi questo concetto di potere impeditivo mediato a consentire di “*predicare l'esistenza di una responsabilità omissiva per tutti coloro che sono parte necessaria, seppure non sufficiente, di una procedura impeditiva*”.

²³ Ivi, p. 1066.

Ecco allora che, nella misura in cui l'OdV si ritenga in grado di attivare una procedura impeditiva di un evento illecito, rimuovendo uno o più "snodi eziologici" che conducono alla verificazione dello stesso, può ravvisarsi in capo allo stesso un potere penalmente rilevante, ove non esercitato o non esercitato correttamente²⁴. Non può negarsi infatti che, per come è ricostruita tale figura nella prassi, all'Organismo competono poteri informativi verso l'organo amministrativo in ordine a eventuali violazioni di *polcies* aziendali: tale dato di fatto consentirebbe dunque di argomentare circa una responsabilità penale in capo all'OdV, nel caso in cui l'omessa informativa riguardi proprio la specifica regola di condotta rivelatasi poi eziologicamente rilevante rispetto ad un concreto evento illecito. Ciò a maggior agione laddove l'OdV assista a violazioni seriali del Modello che siano state parte di un certo decorso causale: in una tale ipotesi sarebbe necessario indagare se l'Organismo abbia posto in essere condotte di valutazione e gestione del rischio poi sfociate nell'evento reato, oltre che attività informative verso gli organi societari.

A fronte di tali considerazioni, due paiono essere le direttrici di pensiero sulla base delle quali, a nostro avviso, è opportuno ribattere.

In primo luogo, si concorda con chi critica l'azzardo di far discendere gli obblighi di garanzia da "protocolli lasciati per intero all'autonomia privata"²⁵; ciò a maggior ragione ove si consideri che, ad oggi, l'adozione del MOG, dal punto di vista della società, non rappresenta un obbligo giuridico strettamente inteso, bensì un adempimento facoltativo o onere. Infatti, anche a voler ammettere, *in extremis*, la bontà dell'opzione di demandare al Modello l'individuazione di obblighi giuridici di impedimento, occorrerebbe esigere almeno che il legislatore formalizzi tale esigenza, attraverso l'introduzione dell'obbligo, per tutti gli enti, di dotarsi di un Modello organizzativo²⁶.

Per quel che concerne nello specifico l'OdV, si evidenzia come lo stesso sia del tutto sprovvisto di quel "propedeutico obbligo impeditivo rispetto a eventi singoli": quel che manca in capo all'OdV è, "ancor prima della posizione di garanzia (dato fattuale, appartenente al fatto tipico), l'obbligo di garanzia, espressione di una qualificazione tutta giuridica e appartenente non al fatto, ma al divieto"²⁷.

²⁴ CONSULICH F., "Vigilantes puniri possunt", cit., p. 444.

²⁵ DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, P. 203.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ CONSULICH F., "Vigilantes puniri possunt", p. 446.

In omaggio alla teoria c.d. mista di cui si è dato atto innanzi (cap. III, par. 1.1.1.), quindi, un'adeguata base normativa, nella forma di una previsione formale espressa, rappresenterebbe pur sempre il presupposto di qualsiasi obbligo di impedire l'altrui reato, al fine di contenere l'attitudine espansiva della norma di cui all'art. 40 co. 2 cod. pen.

Inutilmente, quindi, si era cercato in passato di ancorare la tesi della sussistenza della posizione di garanzia dei membri dell'OdV, all'abrogata fattispecie penale prevista dalla normativa antiriciclaggio, agli artt. 52 e 55 del d.lgs. 231/2007, prima dell'intervento riformatore di cui al d.lgs. 90/2017.

Basti in questa sede ricordare che l'omessa comunicazione ai soggetti designati dalla legge, da parte dell'OdV, di quelle specifiche attività considerate rilevanti ai fini antiriciclaggio, rappresentava un reato omissivo proprio, per l'integrazione del quale era richiesto il dolo²⁸. Tali norme stabilivano in capo all'OdV degli obblighi di comunicazione, penalmente sanzionati, per finalità di prevenzione e di accertamento del reato di riciclaggio. Il legislatore, dunque, si era limitato a prevedere, nell'eventualità che l'OdV venisse a conoscenza di particolari infrazioni al d.lgs. 231/2007, un mero potere-dovere di comunicazione a determinati soggetti, i quali a loro volta avrebbero avuto l'obbligo di attivarsi per accertare e impedire il verificarsi di illeciti. In proposito, a fronte di chi sosteneva che tale disciplina configurasse un obbligo di impedimento del reato di riciclaggio e, quindi, una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen., c'è chi si è opposto con decisione a tale impostazione, sottolineando l'inesistenza di determinati poteri impeditivi in capo all'OdV, necessari ai fini della costruzione di una responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato²⁹. Oltre a tale considerazione, non può

²⁸ Il testo del previgente art. 52 d.lgs. 231/2007, così come pubblicato in Gazzetta Ufficiale, era il seguente: *(1) Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano sull'osservanza delle norme in esso contenute. (2) Gli organi e i soggetti di cui al comma 1: a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2; b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia; c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia; d) comunicano, entro trenta giorni, alla UIF le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia".*

²⁹ AA.VV., *Punire l'autoriciclaggio: come, quanto e perché*, Giappichelli, 2016, p. 53.

trascursarsi a nostro parere un ulteriore dato di fatto inaggrabile: in quasi vent'anni di vigenza della disciplina, laddove il legislatore ha inteso individuare una forma di responsabilità penale in capo ai membri dell'OdV, non ha esitato a disciplinarla espressamente in un'apposita norma quale forma di responsabilità 'diretta', per uno specifico titolo di reato, senza alcun riferimento al concetto di "*impedire un evento*" di cui all'art. 40 co. 2 cod. pen.

In secondo luogo, come evidenziato da altra voce autorevole, la "*chiave di volta*" per l'interpretazione di tutta la disciplina prevista dal Decreto deve risiedere in una corretta ricostruzione delle funzioni del Modello, il cui baricentro è rappresentato non tanto dalla finalità di evitare la commissione del reato quanto da quella di evitare che la società sia ritenuta responsabile per la commissione del reato³⁰. Alla luce della considerazione che l'intera disciplina della responsabilità amministrativa degli enti non è "*polarizzata sull'evento reato*", a maggior ragione non può esigersi da parte dei componenti dell'OdV un controllo tanto penetrante da spingersi fino al punto di prevenire specifici eventi illeciti³¹.

Partendo da questo presupposto, si arriverebbe a riconoscere che il Modello organizzativo "*non crea all'interno della società una diffusa categoria di garanti e quindi una diffusa categoria di soggetti che dovranno in ipotesi rispondere personalmente dei reati che sono stati commessi; vale a dire: l'OdV non è chiamato a fare in modo che certi reati non siano commessi; più semplicemente l'OdV è chiamato a fare in modo che il modello organizzativo consenta di mandare esente da responsabilità la società anche se è stato commesso un reato*"³².

In conclusione, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina³³ – che si condivide appieno – nessuna responsabilità ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen. potrebbe essere ravvisata in capo ai componenti dell'OdV, non essendo questi ultimi dotati di reali poteri di ingerenza

³⁰ LANZI A., *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in AA.VV., *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bonomia University Press, Bologna, 2009, p. 36.

³¹ CONSULICH F., "*Vigilantes puniri possunt*", cit., p. 441.

³² *Ibidem*.

³³ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 154.

e interferenza rispetto all'*iter* criminoso posto in essere da terzi soggetti, pena l'arbitraria trasformazione di funzioni di sorveglianza in posizioni di controllo³⁴.

Del resto, si noti che anche laddove si ritenesse insufficiente la circostanza che l'OdV difetti di qualsiasi potere gestorio o di influenza circa le scelte di gestione dell'impresa – e in effetti tale mancanza, purtroppo, non ha mai rappresentato un ostacolo in tema di riconoscimento della responsabilità in capo ai sindaci – altri argomenti valgono a suffragare tale tesi: ossia, come detto, la mancanza di un obbligo di garanzia.

Tali conclusioni, tuttavia, sono state messe in discussione con particolare riferimento all'ambito degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali (v. *infra*).

3.1. L'indagine sulla sussistenza di una posizione di garanzia con riferimento alla materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro

Preliminarmente, occorre stabilire se, stante il silenzio del legislatore, la vigilanza sul Modello di cui all'art. 30 compete proprio all'OdV (e non ad una diversa ed autonoma entità) e – in caso di risposta affermativa – se i singoli membri dell'Organo possano essere ritenuti responsabili per l'omesso impedimento di eventi di morte o lesioni colpose, evitabili attraverso un'adeguata vigilanza preventiva, sulla scorta delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in materia di RSPP³⁵.

In tale specifico ambito, infatti, qualcuno ha ipotizzato una responsabilità penale dei componenti dell'OdV, muovendo da due dati normativi.

In primo luogo, la norma di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008 che, si ricorda, prevede l'istituzione di un adeguato Modello per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali adottato e di un idoneo sistema di controllo sull'efficace attuazione dello stesso. In secondo luogo, l'art. 16 d.lgs. 81/2008, che disciplina la delega di funzioni datoriali, salvo l'obbligo di verifica in capo al delegante circa il corretto espletamento delle funzioni delegate, obbligo da ritenersi tuttavia assolto in caso di adozione del Modello organizzativo sopra menzionato.

Il ragionamento sotteso alla tesi della responsabilità penale dell'OdV è ricostruita dunque nei termini seguenti. Così come il delegante (datore di lavoro) risponde dell'evento morte

³⁴ ALESSANDRI A., Corporate governance *nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, pp. 544 e ss.

³⁵ *Ivi*, p. 142.

o lesioni, insieme al delegato, per *culpa in vigilando* sulla corretta esecuzione dei compiti da parte del secondo, ne risponderebbe anche l'OdV, qualora lo stesso abbia ommesso di effettuare un adeguato controllo sull'efficacia e sull'effettività del Modello adottato dall'ente per prevenire infortuni e malattie professionali³⁶. In considerazione del fatto che la clausola di cui all'art. 16 co. 3, che a sua volta presuppone l'adozione del Modello *ex art. 30* e di un sistema di controllo attuato grazie all'OdV, possa in ultima analisi fungere da esonero, oltre che della responsabilità dell'ente, anche della responsabilità penale del datore di lavoro (cfr. *supra*, cap. I, par. 2.5.), secondo una certa impostazione potrebbe far “*slittare*”³⁷ la posizione di garanzia gravante a titolo originario sul datore di lavoro, nientemeno che sull'Organismo di Vigilanza.

Tale ricostruzione, ovviamente, non può che partire dal presupposto, peraltro accettato dalla dottrina maggioritaria e riscontrabile nella prassi quotidiana sviluppatasi in materia di attività dell'OdV (cfr. cap. 2, par. 4.2.), che il compito di vigilare sul Modello *ex art. 30* spetti proprio all'Organismo di Vigilanza. Ciò anche al fine di evitare “*un'irragionevole proliferazione delle istanze di controllo*”, alla luce della coincidenza di scopi tra il sistema di controllo di cui all'art. 30 co. 4 e le funzioni riconosciute da dottrina e giurisprudenza all'OdV in armonia con lo ‘spirito’ generale del d.lgs. 231/2001³⁸.

L'art. 30 stabilirebbe, dunque, una duplicità di controlli: un sistema di controllo rivolto al datore di lavoro e ai suoi delegati (art. 30 co. 1 lett. f e h)³⁹ e un altro che coinvolge in prima persona i componenti dell'OdV (art. 30 co. 4) e che di fatto riprende quanto già previsto in via generica dagli artt. 6 e 7 del Decreto.

Per verificare se possa trovare effettivamente cittadinanza all'interno dell'ordinamento la tesi di una posizione di garanzia in capo all'OdV per i reati *ex artt. 589 e 590 cod. pen.*

³⁶ SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'organismo di vigilanza rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, cit., p. 75. L'autore riporta le tesi a sostegno della configurabilità di una posizione di garanzia in capo all'OdV, pur attestandosi su di una opinione diametralmente opposta, nel senso dell'insussistenza di qualsiasi obbligo impeditivo in capo ai componenti dell'Organismo.

³⁷ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 156.

³⁸ ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs 9 aprile 2008, n. 81*, p. 515. Per posizioni contrarie a tale opinione si veda ROMOLOTTI T., *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2008, p. 89.

³⁹ Per il testo completo della norma, v. cap. I, nota n. 64.

commessi in violazione del d.lgs. 81/2008, occorre innanzitutto individuare i poteri di cui dispone l'OdV in relazione alla "parte speciale" del Modello dedicata alla prevenzione di tali eventi lesivi della salute dei lavoratori.

Innanzitutto, occorre sgomberare il campo dal dubbio riguardante la trasferibilità dell'obbligo di vigilanza dal delegante all'organo deputato al controllo *ex art. 30 co. 4* (che coincide, si è detto, con l'OdV): a tal fine, basti tenere presente che l'istituzione del sistema di controllo previsto dal comma 4 della norma citata non esclude *ex ante* il dovere di vigilanza, ma lo fa ritenere "assolto" a posteriori. Il dovere di vigilanza sulle funzioni delegate, quindi, permane in capo al datore di lavoro, rappresentando un suo obbligo "personalissimo", il cui diligente adempimento dovrà eventualmente essere verificato in sede giudiziale⁴⁰.

In virtù di tali argomentazioni nonché di quanto già evidenziato in precedenza (cfr. cap. II, par. 4.2.), gli specifici controlli dell'OdV in materia di adempimenti *ex d.lgs. 81/2008* non si discostano dai criteri generali che devono presiedere alla vigilanza di tutte le altre "parti speciali" del Modello adottato ai sensi del d.lgs. 231/2001. Infatti, anche in tale settore di operatività aziendale, l'OdV è tenuto a svolgere la sua tipica funzione di controllo sull'idoneità e l'efficace attuazione del MOG, preoccupandosi di mantenere costante dialogo con il datore di lavoro e con gli altri esponenti del sistema di controllo interno.

Più nello specifico, l'OdV sarebbe tenuto a vigilare sul corretto adempimento, da parte dei garanti previsti dal d.lgs. 81/2008, degli obblighi stabiliti dall'art. 30 co. 1 che, in buona sostanza, racchiudono tutte le attività sottese ad una corretta valutazione dei rischi insiti all'attività lavorativa e ai luoghi di lavoro. L'OdV, pertanto, lungi dall'intervenire in valutazioni tecnico-specialistiche che mai potrebbero competergli in quanto tale, è tenuto 'semplicemente' ad accertare che siano individuate ed adottate procedure per l'attuazione delle misure e che siano identificati con precisione i soggetti, all'interno dell'organigramma aziendale, tenuti a provvedervi, sulla scorta di quanto indicato dall'art. 28 co. 2, lett. h), d.lgs. 81/2008. Il ruolo dell'OdV sarebbe quindi limitato unicamente alla verifica circa l'osservanza dei protocolli preventivi e la loro efficacia,

⁴⁰ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 157.

senza per ciò stesso essere chiamato a svolgere un “*controllo preventivo sistematico volto ad impedire specifici eventi o comportamenti illeciti realizzati*” da altri soggetti⁴¹.

Ne deriva che il sistema di controllo disciplinato dall’art. 30 co. 4, in persona dell’OdV, non va in alcun modo a sostituirsi al datore di lavoro, non potendosi sostanziare in una vigilanza diretta sul rispetto delle regole cautelari antinfortunistiche finalizzata alla neutralizzazione di specifici fattori di rischio rientranti nell’oggetto di delega. La vigilanza dell’OdV deve invece consistere in una vigilanza di “*secondo livello*” incentrata sulla verifica relativa all’avvenuta predisposizione di “*specifici protocolli informativi e di audit sull’attività del delegato*”⁴². In altre parole, compete al delegante l’efficace attuazione dei protocolli diretti alla verifica e al controllo dell’attività del delegato, mentre spetta all’OdV la vigilanza sull’idoneità ed effettività dei protocolli stessi, da cui deriva l’obbligo di segnalare opportunamente al datore di lavoro le eventuali carenze organizzative riscontrate.

In definitiva, anche in virtù di quanto sopra detto (cap. I, par. 2.4.) circa i rapporti di complementarietà tra il Modello 231 e il Modello *ex art. 30*, l’OdV non può essere considerato quale *intraneus* rispetto al sistema di gestione della sicurezza: lo stesso, pertanto, finisce inevitabilmente per prendere cognizione del SGSL, ma solo nella misura necessaria per le valutazioni che è per sua natura chiamato a svolgere, ossia la valutazione di idoneità ed effettività del MOG⁴³. Il singolo evento infortunistico, quindi, rivestirà un effettivo valore per l’OdV soltanto nella misura in cui tale evento sia rappresentativo di un malfunzionamento generale dell’organizzazione e dei processi aziendali.

In tale particolare settore, quindi, i compiti dell’OdV riguardano l’alta vigilanza sull’adeguata complessiva gestione del rischio, mentre gli obblighi specifici finalizzati a ridurre i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori incombono sui garanti designati dal d.lgs. 81/2008, obblighi che risultano suddivisi tra il datore di lavoro e i “*garanti subordinati*”, deputati a espletare un controllo contingente su singoli accadimenti che siano in grado di sostanziarsi in un “*danno individualizzante*”⁴⁴.

⁴¹ *Ivi*, p. 154.

⁴² MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto ‘correttivo’*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2/2012, p. 102.

⁴³ DOVERE S., *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell’organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, *Resp. amm. soc. e enti*, 1/2016, p. 86.

⁴⁴ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”, *cit.*, p. 442.

Di conseguenza, tra l'OdV e il singolo evento infortunistico non vi è un rapporto diretto, mancando un “*contatto funzionale*” tra l'evento stesso e i doveri del primo⁴⁵.

Da quanto sopra esposto deriva, in conclusione, che la norma di cui all'art. 16 co. 3, posta in collegamento con l'art. 30 co 4 d.lgs. 81/2008, non può rappresentare una solida base alla quale ancorare il meccanismo di attribuzione della responsabilità *ex art.* 40 co. 2 cod. pen., essendo a tal fine necessario, come già ricordato (v. *supra* par. 3), un riferimento normativo assolutamente univoco.

D'altronde, anche laddove tali argomentazioni non dovessero soddisfare, il criterio c.d. del comportamento alternativo lecito fungerebbe quale ‘cartina al tornasole’ non lasciando spazio ad alcun dubbio. Ponendosi nella prospettiva di un Organismo di Vigilanza che non abbia adempiuto diligentemente al proprio incarico, occorrerebbe chiedersi – al verificarsi di un infortunio o di una malattia professionale in un contesto di riscontrate carenze organizzative – quale azione i componenti avrebbero potuto attuare per evitare l'evento. Alla luce dei poteri di cui i componenti dell'OdV sono dotati, la risposta appare semplice: gli stessi, infatti, non avrebbero potuto fare altro che segnalare la rilevata carenza al datore di lavoro, il quale rimane in ultima analisi l'unico soggetto in grado di apportare dei rimedi all'interno dell'organizzazione, “*la cui inerzia certo non è surrogabile da un intervento fattivo e operativo dell'OdV*”⁴⁶.

4. La residua possibilità di ipotizzare una responsabilità ai sensi dell'art. 113 cod. pen.

Si è visto che l'assenza di una posizione di garanzia dei componenti dell'OdV rappresenta una conclusione ‘universale’, valida, cioè, anche al di là del settore degli infortuni e delle malattie professionali.

In proposito, e sempre in relazione ai reati colposi d'evento *ex art.* 25-*septies*, si è tuttavia sottolineato come ammettere l'insussistenza di un obbligo giuridico impeditivo in capo all'OdV non significhi “*propagandarne l'irresponsabilità penalistica, ma definire con*

⁴⁵ *Ivi*, p. 443.

⁴⁶ SANTORIELLO C., *Qual è la posizione di garanzia dell'OdV rispetto agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali?*, cit., p. 76.

*acribia le condizioni di rimprovero per condotte di agevolazione o compartecipazione colposa rispetto al fatto illecito altrui*⁴⁷.

Chi scrive non può esimersi dal constatare che benché l'OdV non possa considerarsi quale garante rispetto all'impedimento di reati in ambito aziendale, ciò non significa che i suoi componenti possano agire in maniera del tutto deresponsabilizzata, fornendo un effettivo contributo involontario alla commissione di illeciti.

Potrebbe così ritagliarsi uno spazio applicativo per l'art. 113 cod. pen., qualora l'OdV non abbia improntato la propria attività di interazione con i garanti designati dal d.lgs. 81/2008 secondo canoni di diligenza, prudenza e perizia.

In caso di verifica di un infortunio o di una malattia professionale, a mente dei principi enucleati in materia di cooperazione colposa (v. *supra*, cap. III, par. 1.2.) non può escludersi in astratto un addebito di responsabilità all'OdV; ciò sulla base di plurime considerazioni. In primo luogo, l'OdV si colloca all'interno dell'impresa, ambito in cui si esplicano al massimo grado i “*doveri relazionali*” tipici dei contesti caratterizzati da una interazione plurisoggettiva; in secondo luogo, la funzione dell'OdV è collegata ad una sorta di “*presunzione di inaffidabilità*” degli altri esponenti aziendali che, commettendo un reato presupposto fanno scattare la responsabilità dell'ente; infine, “*le aspettative collettive verso l'OdV*”, quale baluardo di legalità e trasparenza, e la sua tendenziale “*capacità di indurre e modulare la percezione del rischio*” all'interno dell'impresa, finiscono con il delineare i confini di quei doveri relazionali sopra menzionati: infatti, qualora quest'ultimo omettesse, per colpa, di segnalare all'organo amministrativo le carenze rilevate nel SGSL, ciò potrebbe influire, rafforzandola, sulla convinzione di agire correttamente da parte di quei soggetti che, individuati quali garanti ai sensi del d.lgs. 81/2008, non rispettano i presidi antinfortunistici.

Perché possa muoversi un qualche rimprovero penalmente rilevante all'OdV, è necessario che una sua condotta attiva si collochi all'interno di un decorso causale, caratterizzato dall'interazione operativa di più soggetti, che conduce al verificarsi di un infortunio o di una malattia professionale: nello specifico, dovrebbe trattarsi di una condotta commissiva di tipo agevolativo, legata da un nesso di causalità al reato concretamente realizzatosi⁴⁸.

⁴⁷ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”, cit., p. 447.

⁴⁸ *Ivi*, p. 457 e 460.

In assenza di una posizione di garanzia, il contributo dell'OdV non potrebbe che manifestarsi in chiave commissiva, essendo inconfigurabile un contributo omissivo di agevolazione al di fuori della disciplina prevista dall'art. 40 co. 2 cod. pen.⁴⁹. Appare importante puntualizzare tale aspetto, anche per fugare qualsiasi tentazione di estendere l'ambito applicativo della norma – già abusata in passato in altri ambiti – attraverso una pericolosa confusione tra il momento omissivo della colpa (che può riflettersi in condotte attive) e l'omesso impedimento di un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire. Non sarebbe perciò sufficiente che l'OdV abbia svolto la propria attività di vigilanza sul Modello in maniera carente o superficiale, richiedendosi qualcosa in più: ossia, attraverso un comportamento attivo, aver determinato i garanti previsti dal d.lgs. 81/2008 a porre in essere un ulteriore comportamento negligente, imprudente o imperito, inducendolo ad omettere o rimuovere presidi cautelari che avrebbero potuto rivestire un peso decisivo nell'impedire il realizzarsi del fatto lesivo⁵⁰. In altri termini, la condotta attiva di cui trattasi dovrebbe comporsi di due momenti, eventualmente cumulabili: la “codeterminazione di una condizione di rischio favorente l'azione imprudente altrui” e la “asseverazione delle scelte aziendali mediante una formalizzata condiscendenza ad esse nelle relazioni e negli altri atti tipici dell'organismo”: il primo attiene alla fase della

⁴⁹ D'ARCANGELO F., *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 1/2009, p. 67.

⁵⁰ SANTORIELLO C., *Qual è la posizione di garanzia dell'OdV rispetto agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali?*, cit., p. 77. Sul punto l'autore rappresenta una sempio che, seppur ipotetico, appare molto efficace e facilmente calabile nella realtà applicativa: “*si ipotizzi che il dirigente di uno stabilimento aziendale decida, nella speranza così di ben figurare in sede di valutazione del suo lavoro, di risparmiare sui costi per la sicurezza e riduca quindi la spesa per la tutela dei lavoratori, ritenendo che anche con i minori importi da lui stanziati non dovrebbero verificarsi infortuni ai danni dei dipendenti; allorquando in conseguenza degli inopportuni risparmi di spesa operati dal dirigente si verifica un serio infortunio ai danni di un lavoratore, se l'OdV non si è avveduto della dissennata intenzione dell'amministratore, non vi sarà alcuno spazio per una formulazione di una imputazione a titolo di colpa ai danni dei componenti dell'Organismo, posto che su costoro non grava un obbligo di garanzia e di impedimento di eventi dannosi a carico dei dipendenti dell'azienda. Diversa è invece la conclusione, allorquando l'OdV sia stato avvisato dal dirigente della sua scelta di politica aziendale ed abbia concordato su tale impostazione, contribuendo mediante la propria valutazione positiva a far accettare questa soluzione ai dipendenti ed agli altri amministratori dell'ente; in tale ipotesi, infatti, l'intervento dell'OdV riveste una ben determinata e significativa valenza causale rispetto al verificarsi dell'infortunio, potendo sostenersi che laddove l'organo di controllo avesse censurato l'operato del dirigente il sinistro non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in maniera meno grave: in questo caso, quindi, può – anche se formuliamo tale conclusione in via dubitativa – chiamarsi il componente dell'OdV a rispondere ai sensi dell'art. 113 c.p. dei delitti di omicidio o lesioni colpose ai danni dei lavoratori dell'ente”.*

valutazione dei rischi e dell'adeguatezza/effettività del Modello con riguardo al “monitoraggio inefficace del suo rispetto da parte di dipendenti ed organi”, alla “reazione inadeguata di fronte alla violazione delle procedure”, o anche alla “comunicazione incompleta agli organi competenti in caso di riscontro, magari pur tempestivo, di una infrazione al protocollo”; il secondo ad un atteggiamento, avente un riscontro documentale, idoneo a ingenerare nel *management* la fiducia circa il proprio corretto operato, con l'ulteriore effetto collaterale di diminuire la percezione dei rischi da parte dei lavoratori⁵¹.

Resta inteso che agli elementi attinenti al piano oggettivo dell'illecito, va ad aggiungersi, sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza da parte dell'OdV delle scelte di gestione aziendale improntate al risparmio di spesa ottenuto tramite il contenimento delle cautele previste dal d.lgs. 81/2008.

Tutto quanto sopra esposto pare condivisibile in linea generale, salve poi le dovute riflessioni che sul terreno dell'eventuale applicazione giudiziale, richiederebbe l'accertamento della responsabilità, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, in capo ad ogni singolo componente dell'OdV, non potendosi ammettere, in omaggio al principio di colpevolezza costituzionalmente garantito *ex art. 27 co. 3 Cost.*, forme di responsabilità – per così dire – ‘collettiva’ o presunta; ciò similmente a quanto già rilevato a proposito di altri organi societari quali il collegio sindacale (cfr. *supra*, cap. III, par. 3).

Si noti come la particolarità insita all'ipotetica cooperazione colposa dell'OdV sia data dal fatto che la sua condotta agevolativa si inserisce in una rete formata non solo dal contributo agevolativo di altri individui (i referenti aziendali), ma anche dal contributo agevolativo fornito dall'ente stesso e consistente nella colpa di organizzazione.

Per tali ragioni è opportuno tenere ben distinta la colpa c.d. di organizzazione dell'ente da quella della persona fisica. Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, infatti, “*il rimprovero dei membri dell'OdV, in quanto individui, non può basarsi sul canone imputativo della colpa di organizzazione, valido per gli enti*” (...): *entrambi i concetti*

⁵¹ CONSULICH F., “*Vigilantes puniri possunt*”, cit., p. 458. Si precisa come i due ‘momenti’ di cui si dovrebbe articolare la condotta di cooperazione colposa dell'OdV siano concepiti dall'autore in questione come alternativi; tuttavia, a nost parere, nella pratica è agevole immaginare che gli stessi concorrano. Ad una inadeguata attività di monitoraggio sul Modello, infatti, potrebbe spesso corrispondere anche un avallo formale delle scelte gestorie, da parte dell'OdV, trasfusa poi formalmente nei verbali e nelle relazioni periodiche che l'Organismo è solito redigere.

*hanno rilevanza penalistica, in funzione di imputazione di responsabilità, ma la colpa di organizzazione si riferisce a processi operativi che producono decisioni cui consegue una responsabilità collettiva dell'ente per azioni dell'organizzazione, la colpa individuale si riferisce all'organizzazione di azioni tra persone e implica una responsabilità di individui*⁵².

Richiamando i principi base del diritto penale, non può trascurarsi che la colpa individuale contempra sempre un elemento aggiuntivo rispetto a quella collettiva dell'ente: ci si riferisce, in particolare, al nesso tra le scelte organizzative dei vertici e l'infortunio secondo il duplice canone della prevedibilità ed evitabilità⁵³. Ciascun individuo, sia esso il datore di lavoro (o altro garante *ex d.lgs. 81/2008*) o il singolo componente dell'OdV, oltre a fornire un contributo agevolatore nei termini anzidetti, deve trovarsi nelle condizioni di poter concretamente prevedere ed evitare, secondo le rispettive competenze, l'evento che la norma cautelare mirava ad evitare.

5. Una prima (e unica) pronuncia in materia di responsabilità dei componenti dell'OdV

Appare ora imprescindibile aprire una parentesi a proposito dell'unica pronuncia di legittimità che, ad oggi, ha affrontato la responsabilità di componenti dell'Organismo di Vigilanza⁵⁴.

La stessa pare caratterizzarsi, non tanto in positivo per le conclusioni cui è pervenuta sulle questioni penalistiche oggetto di dibattito, quanto in negativo per non essere riuscita a sciogliere alcuni nodi, dimostrando a maggior ragione l'urgenza di addivenire a risposte univoche in punto di poteri dell'OdV e relative responsabilità.

Quanti si aspettavano soluzioni sono rimasti quindi comprensibilmente delusi, constatando come l'unico punto condivisibile della sentenza, peraltro per nulla scontato, sia *“l'esito assolutorio”*⁵⁵.

⁵² *Ivi*, p. 461-462.

⁵³ *Ivi*, p. 464.

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. I, 20.1.2016, n. 18168, in www.dejure.it.

⁵⁵ SETTEPASSI G., *Riflessioni a margine della sentenza della Prima Sez. Corte di Cassazione n. 18168 del 21.01.2016 in tema di responsabilità penale dell'o.d.v. per omessa segnalazione di criticità antinfortunistiche*, 30.05.2016, in www.aodv231.it.

Nel caso concreto, si contestava ai componenti dell'Organismo di Vigilanza di Fincantieri Cantieri Navali S.p.A. di aver *“omesso di segnalare al consiglio di amministrazione e ai direttori generali e di non aver preteso che si ponesse rimedio ad una serie di carenze in tema di prevenzione dagli infortuni che venivano segnalate nei report in tema di sicurezza all'interno del cantiere, i quali ripetevano da tempo la mancanza di impianti, apparecchi e segnali, ma che l'Organismo di Vigilanza avrebbe recepito passivamente, senza segnalare alcunché al datore di lavoro e, al contempo, non approfondendo gli aspetti di gestione delle attrezzature di lavoro e l'utilizzo di appositi accessori quali baie o ceste (...)*”.

L'OdV è stato rimproverato, in sostanza, di non aver esaminato nel dettaglio i *report* elaborati dalla funzione HSE e di essere rimasto inerte innanzi ad alcune criticità – asseritamente – rilevabili.

Alla luce di quanto sopra, sorgerebbe spontaneo ravvisare in una contestazione così costruita il reato omissivo improprio e, dunque, i tratti caratteristici delle imputazioni solitamente formulate nei confronti di organi dotati di poteri di controllo in ambito societario: la conoscenza del rischio e la consapevole mancata attivazione al fine di impedire che i destinatari primari delle norme penali commettano un reato.

Invece, dalla lettura delle motivazioni della pronuncia in commento, si apprende, non senza sorpresa, che il Pubblico Ministero, all'esito dell'udienza preliminare, aveva eliminato dal capo di imputazione qualsiasi riferimento all'art. 40 co. 2 cod. pen., limitando la contestazione al solo art. 437 cod. pen. (omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro), evidentemente uniformando la posizione dell'OdV a quella del CdA. Di fatto, si è passati da un concorso omissivo nel reato commesso dal CdA, all'attribuzione diretta dell'illecito anche ai componenti dell'OdV, sulla base di una presunta consapevolezza di criticità nel sistema di gestione della sicurezza sul lavoro in essere presso la società.

Correttamente in primo grado il Giudice per l'Udienza preliminare aveva assolto gli imputati (non solo i componenti dell'OdV, ma anche quelli del CdA), ritenendo che il soggetto attivo del reato proprio di cui all'art. 437 cod. pen., nella sua forma omissiva, sia da rintracciarsi unicamente nel novero di garanti deputati all'implementazione dei presidi antinfortunistici, così come specificamente individuati dalla legislazione di settore. In tale novero non rientrano i membri del CdA, né tantomeno quelli

dell'Organismo. Sul punto il GUP aveva rilevato che il reato in questione “*poteva essere commesso soltanto da soggetti gravati da uno specifico obbligo di predisporre le cautele omesse, che non gravava né sui membri dell'Organismo di Vigilanza né sui membri del Consiglio di Amministrazione, trattandosi di scelte di politica aziendale ed incombenze validamente delegate ai responsabili delle singole unità produttive*”.

Ci si potrebbe allora chiedere come mai il Pubblico Ministero abbia escluso in radice un concorso commissivo dell'*extraneus* nel reato proprio dell'*intraneus* ai sensi dell'art. 110 cod. pen.: ove infatti avesse optato per tale paradigma di attribuzione della responsabilità penale, di certo non sarebbe incappato nei palesi limiti posti dall'impossibilità di addebitare in via diretta all'OdV un reato proprio quale quello di cui trattasi; tuttavia, anche partendo dalla – evidentemente erronea – premessa che il CdA possa essere riconosciuto quale *intraneus* con riferimento all'art. 437 cod. pen. – cosa da escludere sulla base delle medesime inaggirabili argomentazioni svolte dal GUP a proposito dell'OdV – resterebbe la necessità di delineare con sufficiente precisione il contributo dell'OdV alla realizzazione del reato in termini di rafforzamento o agevolazione del proposito criminoso degli autori principali⁵⁶. Un contributo, però, che dovrebbe rivestire dei connotati del tutto diversi rispetto alla mera consapevolezza di determinate criticità, unita alla mancata segnalazione al CdA o all'acquiescenza rispetto alla decisione dello stesso di non attivarsi per sanare la situazione rischiosa.

Anche ammettendo che la condotta dei membri dell'OdV, consistita nel non dare peso al contenuto dei *report* elaborati in materia di salute e sicurezza, si esponga a censure sotto il profilo professionale, non sarebbe comunque ravvisabile quella forma di partecipazione attiva necessaria a dar vita ad un concorso di persone commissivo.

E d'altronde, le condotte omissive di mancata segnalazione o acquiescenza rispetto all'inerzia altrì, come già chiarito, non sono sufficienti per far scattare il meccanismo di attribuzione della responsabilità previsto dall'art. 40 co. 2 cod. pen., che presuppone poteri giuridici impeditivi dell'evento.

A monte delle argomentazioni appena svolte, si ritiene che uno dei punti di maggiore perplessità della vicenda giudiziale *de quo* sia rappresentato dalla costruzione di un'ipotesi accusatoria fondata su un reato neanche rientrante nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti (l'omissione dolosa di cautele

⁵⁶ *Ibidem*.

contro infortuni sul lavoro *ex art. 437 cod. pen.*, infatti, non è menzionato dal d.lgs. 231/2001). Si noti, in proposito, che nelle ricostruzioni dottrinarie fino a quel momento effettuate, si era provato ad immaginare, almeno a livello teorico, un coinvolgimento dei componenti dell'OdV secondo il meccanismo descritto dal d.lgs. 231/2001: reato presupposto commesso dal soggetto apicale e imputazione dell'ente, da una parte, carenza riscontrata nell'attività di vigilanza dell'Organismo, dall'altra⁵⁷.

Ed è proprio su questo aspetto che la sentenza in esame, per quanto ammirevole, come detto, per l'esito assolutorio, nel 'limitarsi' a confermare l'assoluzione del primo grado si è tuttavia dimostrata carente, essendosi fatta sfuggire *“una buona occasione per affrontare in modo organico e conclusivo la tematica della responsabilità penale dei membri dell'OdV”*⁵⁸.

La parte delle motivazioni dedicata all'OdV, infatti, è alquanto stringata: *“desta perplessità la configurazione di una responsabilità in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza basata sul non aver loro portato a conoscenza del Consiglio di Amministrazione le asserite manchevolezze che avrebbero afflitto i cantieri navali: le perplessità sono causate da una inevitabile contraddizione nella quale la ricostruzione della vicenda sembra avvilupparsi, poiché, se - seguendo appunto l'ipotesi di accusa - i citati membri dell'Organismo di Vigilanza nulla avevano riferito ai membri del Consiglio di Amministrazione, è ben difficile ipotizzare una responsabilità in capo a questi ultimi per non avere adottato le cautele che le situazioni di pericolo avrebbero richiesto. Parimenti, occorre prendere atto che il ricorso non precisa quali fossero le carenze e le manchevolezze che sarebbero state dolosamente ignorate dai membri dell'Organismo di Vigilanza: né, in particolare, il ricorso afferma che siffatte imprecisate manchevolezze avrebbero riguardato le ceste utili per la sollevazione dei tubi”*. Ancora, in conclusione, *“l'invocata responsabilità cui fa riferimento il ricorso non poteva dunque essere del Consiglio di Amministrazione, i cui compiti non si dilatano sino a decidere se, nell'ambito*

⁵⁷ MONTESANO M., *Una prima pronuncia di legittimità che interviene sul tema più volte sollevato in dottrina del possibile coinvolgimento dei componenti dell'organismo di vigilanza nel caso di illeciti commessi all'interno dell'ente: un “caso particolare” di esclusione* (commento a cass. Pen., n. 18168, 20 gennaio 2016), in *Resp. amm. soc. e enti*, 3/2016, p. 165.

⁵⁸ SETTEPASSI G., *Riflessioni a margine della sentenza della Prima Sez. Corte di Cassazione n. 18168 del 21.01.2016*, cit.

di una singola operazione di carico di tubi, andasse utilizzata una cesta; e parimenti nemmeno poteva gravare siffatto obbligo sui componenti dell'Organismo di Vigilanza".

Ciò che preoccupa è che la Suprema Corte lasci spazio all'idea che il ricorso del Procuratore avrebbe potuto trovare accoglimento, laddove si fosse premurato di definire con maggiore precisione le cautele omesse, tanto più ove si consideri il grado di tecnicismo richiesto nella fattispecie in questione, relativa alla movimentazione dei carichi⁵⁹. Non sia mai che ciò possa indurre a ritenere, a discapito dei principi giuridici condivisi dalla maggioranza della dottrina, che tra i poteri dell'OdV rientri anche quello di un vaglio approfondito in merito a scelte di natura tecnica per loro natura spettanti a soggetti diversi, appositamente individuati dalla normativa antinfortunistica.

6. La posizione dell'OdV a confronto con quella di altre figure

È indubbio che, almeno con riguardo al settore degli infortuni e delle malattie professionali, la figura del RSPP mostri i maggiori profili di interferenza con l'attività tipica dell'OdV, considerando come l'elenco di obblighi di cui al comma 1 dell'art. 30 d.lgs. 81/2008 evoca quello di cui all'art. 28 in materia di valutazione dei rischi, nonché quello di cui all'art. 31 in tema di servizio di prevenzione e protezione⁶⁰.

Al tempo stesso, però, non può non tenersi conto delle differenze considerevoli tra i due ruoli. Infatti, per quanto mediata dal datore di lavoro, l'attività del RSPP esplica in maniera palpabile i suoi effetti sul piano della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in modo tale da condizionare in qualche misura le caratteristiche dell'ambiente lavorativo; ciò al punto da far ritenere comprensibile – seppur assolutamente scorretto, dal punto di vista di chi scrive – il tentativo operato da parte della giurisprudenza e della dottrina di inquadrare tale figura nel novero dei garanti⁶¹.

L'OdV dunque non è equiparabile al RSPP, soprattutto in quanto al primo non compete né l'obbligo di collaborare direttamente con il datore di lavoro nella predisposizione delle procedure in materia di sicurezza né quello di monitorare i livelli di sicurezza esistenti negli ambienti di lavoro. Inoltre, ai sensi dell'art. 32 d.lgs. 81/2008, il RSPP è tenuto a

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., p. 141.

⁶¹ DOVERE S., *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'organismo di vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2016, 1, p. 85.

possedere una serie di competenze tecnico-professionali che non rientrano tra i requisiti che, secondo l'indirizzo generale, devono essere detenuti dall'OdV⁶².

Si è altresì osservato come l'OdV possa essere assimilato in qualche misura agli amministratori senza deleghe, avendo in comune con questi ultimi i compiti relativi alla gestione di flussi informativi endo-societari, al punto di ipotizzare anche per i membri dell'OdV un obbligo di agire informati, oltre che l'obbligo di valutare costantemente l'adeguatezza degli assetti organizzativi⁶³. La differenza maggiore risiederebbe nel fatto che gli amministratori deleganti sono chiamati a svolgere tale compito su ogni aspetto della vita societaria, mentre il raggio di azione dell'OdV sarebbe limitato alle attività "sensibili", maggiormente esposte al rischio di commissione di reati.

Per come è stata ricostruita la possibile responsabilità penale degli amministratori privi di delega (cfr. cap. III, par. 2), sarebbe riconosciuta una posizione di garanzia in relazione all'impedimento di reati degli amministratori delegati, in virtù del disposto di cui all'art. 2381 co. 5 e dell'art. 2392 cod. civ.: l'obbligo di agire informati andrebbe ad unirsi al dovere di evitare fatti pregiudizievoli per la società qualora ne vengano direttamente a conoscenza o ne abbiano avuto la percezione.

Con riguardo ai membri dell'OdV, non potrebbe compiersi un ragionamento simile, in considerazione del fatto che, anche ammettendo un teorico obbligo di agire informati, resterebbe indubbia la mancanza di una previsione simile a quella di cui all'art. 2392 cod. civ.: all'OdV, dunque, a differenza degli amministratori, non potrebbe mai competere la prevenzione di specifiche e concrete condotte criminose di cui abbia conoscenza, avendo unicamente un dovere di vigilanza sul Modello⁶⁴.

Simili considerazioni, alla luce della diversità di funzioni e di poteri, valgono anche per i sindaci, tanto che anche in relazione a questi ultimi, così come accaduto per gli amministratori privi di deleghe, si è sostenuta più agevolmente, da parte di molti, la tesi della sussistenza di una posizione di garanzia ai sensi degli artt. 2403 cod. civ. e 40 co. 2 cod. pen. da cui far discendere responsabilità penale per non aver impedito la commissione del reato in concreto posto in essere dagli amministratori delegati.

⁶² TROYER L., INGRASSIA A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 6/2008, p. 1276.

⁶³ *Ivi*, p. 1267.

⁶⁴ *Ivi*, p. 1270.

Con specifico riferimento alla figura dei sindaci, pare opportuno soffermarsi sui possibili corti circuiti derivanti dalla previsione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, che consente la sovrapposizione di ruoli tra collegio sindacale e Organismo di Vigilanza. In primo luogo, infatti, come peraltro già rilevato (cfr. cap. I, par. 3.2.3.), si avrebbe una coincidenza tra controllore e controllato⁶⁵, la qual cosa avrebbe l'effetto di svuotare di significato l'attività di monitoraggio del Modello sotto il profilo dell'idoneità a prevenire reati societari, nei quali i sindaci potrebbero concorrere insieme agli amministratori. In secondo luogo, secondo l'opinione di chi scrive, la confusione generata dall'intreccio tra attività proprie del collegio sindacale e attività tipiche dell'OdV, rischierebbe di rendere fin troppo agevole la contestazione di eventuali carenze, favorendo l'individuazione di nuovi centri di imputazione della responsabilità penale anche in situazioni ove ciò sarebbe di norma impensabile. In tal modo, ciò che non potrebbe addebitarsi all'OdV in quanto tale, potrebbe comunque essergli addebitato approfittando del fatto che il collegio sindacale è spesso riconosciuto quale titolare di una posizione di garanzia che si sostanzia nell'obbligo di impedire l'altrui reato; e ciò anche laddove la condotta asseritamente omissiva attenga in realtà alla vigilanza sul Modello, e non al controllo sull'adeguatezza degli assetti societari.

Il 'giano bifronte' rappresentato da un Organismo coincidente – in tutto o in parte – con il collegio sindacale, soprattutto con riferimento a determinate categorie di reato, diverrebbe un facile bersaglio per quanti nutrissero la tentazione di scavalcare gli ostacoli dogmatici posti dai sostenitori dell'insussistenza di una posizione di garanzia in capo all'OdV ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen..

7. La responsabilità civile dell'OdV

Tale aspetto merita un sintetico cenno conclusivo, al fine di rendere un'idea quanto più completa possibile dello stato dell'arte in materia di responsabilità dell'OdV.

Se è tendenzialmente da escludere una responsabilità penale in capo a ciascun membro dell'OdV, lo stesso non può dirsi sul versante civile, qualora sia stato realizzato un reato

⁶⁵ VERNERO P., *La funzione dell'o.d.v. svolta da uno o più componenti del collegio sindacale: criteri di nomina, requisiti e modalità di svolgimento dell'incarico*, cit., p. 146.

presupposto e l'esimente risulti inoperativa a causa di un Modello inadeguato e di una vigilanza inefficace.

Il fatto che il d.lgs. 231/2001 non disciplini la responsabilità dell'OdV, non implica una sorta di 'irresponsabilità' a 360°, tanto più nei confronti dell'ente che lo ha incaricato; occorrerà, in proposito, guardare alle norme generali relative ai rapporti giuridici obbligatori.

L'argomento *de quo* deve essere affrontato a partire dal momento in cui l'Organismo accetta l'incarico conferitogli dall'organo amministrativo della società. È in tale momento, infatti, che i componenti, over già non lo fossero in quanto "interni", entrano in contatto con la società stessa, assumendo l'obbligazione di adempiere le funzioni loro proprie secondo i canoni generali posti dal codice civile e, in particolare, dall'art. 1176 che prescrive l'obbligo di diligenza⁶⁶. L'oggetto principale della prestazione consiste nella vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello, nella cura del suo aggiornamento e nella segnalazione delle discrepanze tra prescrizioni del Modello e prassi aziendale, cui si vanno ad aggiungere altre prestazioni accessorie connesse alla principale (ad esempio, l'attività formativa)⁶⁷.

Qualora l'OdV trascuri, ad esempio, di effettuare la valutazione preliminare dell'idoneità del Modello vigente, o la esegua in modo erroneo o, ancora, ometta di segnalare all'organo amministrativo la sopravvenuta inefficacia dello stesso⁶⁸, si potrà parlare di inadempimento delle obbligazioni assunte.

Un siffatto inadempimento, dunque, esporrebbe i componenti a responsabilità – contrattuale – nei confronti della società ai sensi dell'art 1218 cod. civ.⁶⁹, qualora risulti la prova che il reato presupposto commesso in concreto sia stato conseguenza immediata e diretta della violazione delle predette obbligazioni o che, detto in altri termini, in presenza di una diligente attività di vigilanza, il Modello non sarebbe collassato e l'ente

⁶⁶ SALAFIA V., *Responsabilità dell'organismo di vigilanza delle società*, in *Le Società*, 5/2017, p. 542.

⁶⁷ SACCHI D., *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2019, p. 181.

⁶⁸ SALAFIA V., *Responsabilità dell'organismo di vigilanza delle società*, cit., p. 542.

⁶⁹ SACCHI D., *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'organismo di vigilanza*, cit., p. 181. L'autrice specifica quali siano gli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ., così come applicata agli Organismi di Vigilanza: "l'inadempimento (mancata vigilanza dell'OdV), la sussistenza di un danno (derivante da sanzioni interdittive o pecuniarie inflitte a seguito della commissione del reato presupposto) e il nesso causale tra il danno e l'inadempimento (efficacia impeditiva dell'omesso controllo ai fini del rischio di commissione del reato)".

non avrebbe dovuto subire le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'applicazione, in sede giudiziale, delle sanzioni previste dall'art. 10 d.lgs. 231/2001⁷⁰.

È proprio la sanzione (pecuniaria e/o interdittiva) a costituire il danno di cui i soci potrebbero chiedere il risarcimento, attraverso l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di ciascun componente dell'OdV⁷¹.

In tal caso, l'onere della prova ricadrebbe sull'ente, con riguardo sia alla violazione degli obblighi di diligenza, sia al nesso di causalità tra l'inadempimento e i danni subiti come conseguenza di una condanna ai sensi del d.lgs. 231/2001. È chiaro, quindi, che la mera commissione di un reato presupposto non implica alcun automatismo in ordine al giudizio circa la condotta negligente o imperita dei membri dell'OdV, non versandosi in ipotesi di responsabilità oggettiva⁷².

Quanto alla ipotizzabilità di una responsabilità extra-contrattuale di natura aquiliana verso terzi, è pacificamente da escludere. Tale conclusione si basa sulla circostanza che l'OdV non è un organo societario, bensì un ufficio, avente esclusivo impatto sul piano dei controlli interni⁷³.

È evidente come l'affermazione di una responsabilità civile di tipo contrattuale in capo all'OdV sia coerente con tutti i ragionamenti sopra svolti in merito all'insussistenza di una posizione di garanzia, in ragione del fatto che la funzione propria dell'OdV non è quella di prevenire il verificarsi di determinati illeciti, quanto quella di garantire l'efficacia ed effettività del Modello adottato ai sensi del d.lgs. 231/2001. Tale funzione non può che rivolgersi verso l'interno dell'ente e avere valenza endo-societaria; risulta pertanto logico riconoscere ai soci soltanto – e non altri soggetti esterni allo stesso – il diritto di rivalersi nei confronti dei componenti dell'OdV qualora il fallimento del Modello sia imputabile anche al loro negligente operato e da ciò sia derivato un danno in termini di depauperamento del patrimonio dell'ente o di inibizione dell'attività aziendale, come conseguenza dell'applicazione di una sanzione *ex* d.lgs. 231/2001.

⁷⁰ BERTI C., *Profili di responsabilità civile dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del D. Lgs n. 231/01*, cit., p. 544.

⁷¹ SALAFIA V., *Responsabilità dell'organismo di vigilanza delle società*, cit., p. 542.

⁷² DE STEFANIS R., *Profili di responsabilità dell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 329.

⁷³ BERTI C., *Profili di responsabilità civile dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del D. Lgs n. 231/01*, cit., p. 544.

8. Conclusioni

Nonostante sia già trascorso quasi un ventennio dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, occorre chiedersi se tale disciplina non porti con sé dei 'germi' e se, dopo un periodo di lunga 'incubazione', questi germi non stiano iniziando a manifestarsi con effetti non originariamente previsti e in grado di turbare l'equilibrio generale del nostro sistema, sotto il duplice profilo dell'ordinamento penale e della *corporate governance*.

Non può negarsi, infatti, che la responsabilità delle persone giuridiche rischia di fungere da moltiplicatore dei centri di imputazione della responsabilità penale. L'attitudine dimostrata dal legislatore e dalla giurisprudenza, nel rivalersi anche nei confronti degli enti collettivi, determina un paradossale effetto di regressione dello strumento penale verso la sfera dell'individuo, come se la norma penale si servisse della persona giuridica per poter colpire la persona fisica, se non sul piano penale, almeno su quello civile.

Infatti, alcune categorie di persone fisiche che intrattengono con l'ente un rapporto e che sono in grado di agire nell'interesse dello stesso e, in particolare, i soggetti apicali o coloro che fanno parte di organi societari – potrebbero in astratto essere ritenuti, se non responsabili penalmente in relazione alla diretta commissione di un reato previsto dal d.lgs. 231/2001, responsabili civilmente rispetto alla mancata o inefficace attuazione del Modello, proprio in ciò esplicandosi l'effetto 'moltiplicatore' insito alla disciplina 231.

Si è affermato, a tal riguardo, che *“la responsabilità degli enti è stata concepita come una ‘via di fuga’ dalle strettoie della responsabilità penale individuale, ma rischia di rivelarsi oggi un catalizzatore di nuove posizioni di garanzia per le persone fisiche, come se quelle incastonate a viva forza nelle strutture societarie non fossero ancora sufficienti, né numericamente né tipologicamente, ad assicurare un massiccio intervento sanzionatorio dello Stato in ambito economico”*⁷⁴.

Le premesse dell'analisi fin qui svolta, che riposa sulla presa d'atto dell'esistenza di un unico sistema normativo integrato (diritto penale – *corporate governance* – Modelli 231), fa risuonare con più forza l'eco prodotta dai vuoti legislativi in materia di OdV; ne deriva l'esigenza di considerare tale sistema oltre che integrato, anche integrabile –

⁷⁴ CONSULICH F., *“Vigilantes puniri possunt”*, cit., p. 425.

auspicabilmente attraverso l'intervento del legislatore – così da raggiungere un accettabile livello di coerenza intrinseca.

In tale operazione di 'integrazione' – che allo stato non potrebbe che essere attuata in via interpretativa – è opportuno fare attenzione a non alterare la fisionomia tipica dell'OdV, che deve rimanere ancorata alla funzione di vigilanza sul Modello adottato al fine di prevenire i reati. Occorre ricordarsi, quindi, che l'OdV non è un organo societario e che non è dotato di poteri di natura operativa: tra i suoi compiti non rientra l'obbligo di sorveglianza diretta sull'operato di eventuali garanti individuati dalle normative di settore (*in primis*, quella in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro). Sostenere il contrario equivarrebbe a porre in discussione – specie in considerazione della nota tendenza giurisprudenziale ad ammettere la configurabilità di una posizione di garanzia pure a carico di altri organi societari – gli ostacoli dottrinali frapposti al riconoscimento in capo ai componenti dell'OdV di una vera e propria posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen..

In proposito, sia consentita altresì un'osservazione di ordine pragmatico. Ove si affermasse la sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV, questi ultimi risulterebbero gravati di un impegno quotidiano oltremodo capillare e difficilmente gestibile (basti pensare che l'OdV è di norma posto all'esterno della struttura aziendale o comunque composto da componenti in maggioranza esterni) e, pertanto, inesigibile secondo canoni di ragionevolezza; oltre a ciò, si considerino gli effetti nocivi sul funzionamento dei flussi endo-societari, dovuti a inutili segnalazioni che l'OdV si troverebbe costretto a inoltrare, a fini meramente cautelativi, ai soggetti che effettivamente ricoprono una posizione di garanzia.

E d'altronde occorre guardare con sospetto a quel tentativo – si pensi all'unica pronuncia di legittimità ad oggi nota di cui si è ampiamente trattato (Cass. Pen., Sez. I, 20.1.2016, n. 18168) – orientato ad ampliare i confini dell'omissione del soggetto non garante fino ad includere tale omissione tra i presupposti di una responsabilità commissiva diretta, per di più con riferimento a reati propri. Un *éscamotage* che potrebbe certo consentire di ovviare all'ostacolo rappresentato dalla inconfigurabilità del concorso omissivo improprio *ex art. 40 co. 2*, in caso di violazione degli obblighi di segnalazione da parte di soggetti non individuati dalla normativa quali garanti, ma comunque incoerente rispetto ai principi basilari contenuti nella parte generale del nostro codice penale.

Appare dunque imprescindibile tenere distinti due diversi piani: il ruolo centrale che l'OdV ricopre all'interno dell'impianto 231 da una parte e, dall'altra, la necessità di individuare un profilo di responsabilità autonomo in capo allo stesso – nell'ottica di rintracciare ulteriori centri di imputazione della responsabilità penale, in ossequio a istanze giustizialiste e/o di tutela di interessi collettivi – con il rischio però di snaturare la natura dell'Organismo stesso, oltre che, e soprattutto, i principi cardine del nostro ordinamento penale.

A tal riguardo, la figura del RSPP in particolare offre lo spunto per compiere un parallelismo. La posizione dello stesso è stata vagliata approfonditamente dalla giurisprudenza e, di recente, dalle Sezioni Unite nella nota vicenda Thyssen: privo com'è di poteri di intervento diretto su specifici fattori di pericolo, il RSPP è stato in più occasioni gravato da responsabilità penale. È inevitabile temere che la stessa sorte possa riguardare anche il componente dell'Organismo di Vigilanza, attraverso interpretazioni particolarmente elastiche.

Premesso, tuttavia, che secondo l'opinione maggioritaria non sarebbe possibile in alcun modo costruire una posizione di garanzia in capo all'OdV ai sensi dell'art. 40 co. 2 cod. pen. sulla base dell'attuale legislazione, ciò non sarebbe auspicabile nemmeno in una prospettiva *de jure condendo*.

Diversamente opinando, in primo luogo si trasformerebbe l'OdV, per sua natura a carattere endo-societario, incaricato di vigilare sull'organizzazione interna della società, in una sorta di “*sceriffo tenuto a controllare e verificare specifiche condotte, piuttosto che l'intera attività e i suoi meccanismi operativi*”⁷⁵.

In secondo luogo, il riconoscimento di una posizione di garanzia in capo all'OdV comporterebbe un significativo impatto sui modelli di *corporate governance*: occorrerebbe riconoscere all'OdV, infatti, reali poteri impeditivi della condotta illecita altrui tali da incidere in maniera penetrante sui processi decisionali degli organi societari,

⁷⁵ TROYER L., INGRASSIA A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di vigilanza?*, cit., p. 1277. Gli autori sottolineano inoltre che “*l'opzione per una modifica in tal senso delle funzioni dell'OdV avrebbe un che di paradossale: imporre all'OdV e ai suoi membri di concentrare la loro attività nella direzione della scoperta e della punizione della singola condotta illecita, piuttosto che verso la prevenzione delle attività illecite tout court, importerebbe l'ammissione, implicita, della scarsa funzionalità del Modello Organizzativo, pensato, appunto, per evitare il prodursi di fatti antiggiuridici, di cui proprio l'OdV è l'organismo rappresentativo e rilevante*”.

quali poteri di veto in relazione alla formazione e approvazione del bilancio o alle comunicazioni nei confronti dei soci o verso l'esterno⁷⁶.

In proposito, si deve ricordare quella pronuncia in materia di *market abuse*⁷⁷ (cfr. cap. II, par. 4.2.), che aveva ritenuto esigibile, da parte dei componenti dell'OdV, un controllo penetrante sul contenuto dei comunicati stampa che, come detto, sulla base dell'attuale disciplina e della prassi applicativa consolidata, non potrebbe trovare alcun fondamento. Tali penetranti poteri, peraltro, sono stati messi in discussione anche con riguardo agli stessi amministratori privi di delega e ai sindaci, i quali, a seguito della riforma di diritto societario, paiono muniti di un 'arma spuntata' nella prevenzione di reati commessi dagli amministratori delegati; non si vede allora perché una diversa e più severa impostazione dovrebbe riguardare un Organismo che, per definizione, ha un ruolo di mera vigilanza su aspetti organizzativi – e non gestionali – della *corporate governance*, ponendosi con i protagonisti di quest'ultima in rapporto dialogico e dialettico.

Peraltro, si ribadisce ancora una volta che il legislatore, quando ha voluto punire penalmente – in materia di riciclaggio – la condotta negligente dell'OdV sotto il profilo dell'omessa comunicazione di operazioni 'sospette', lo ha fatto prevedendo una specifica norma incriminatrice integrante un'ipotesi di reato omissivo proprio (l'art. 55 comma 5 del d.lgs. 231/2007). Si rileva come il legislatore abbia rimosso nel giro di pochi anni tale previsione – forse rendendosi conto della scarsa rilevanza di una simile scelta di politica criminale – lasciando intatti i medesimi obblighi, sanzionati però in sede amministrativa (artt. 46 e 59 d.lgs. 231/2007) per altri organi (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato di controllo di gestione). Ciò, a nostro parere, non può che essere inteso come una chiara presa di posizione nel senso di escludere, non solo la fondatezza sistematica, ma anche la stessa utilità pratica di obblighi di comunicazione penalmente sanzionati in capo all'OdV.

Anche alla luce di tale dato 'storico', l'unica soluzione che consentirebbe di contemperare le esigenze di politica criminale preventiva e il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza sarebbe quella di definire, a livello legislativo un catalogo chiuso di posizioni di garanzia dal quale sia possibile desumere chiaramente e specificamente

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cass. Pen., Sez., V, 30.1.2014, n. 4677, cit.

titolari e contenuti degli obblighi (e dei poteri) giuridici impeditivi⁷⁸, escludendone tuttavia l'Organismo di Vigilanza per le ragioni innanzi illustrate.

In conclusione, non ci si può esimere da una osservazione finale improntata anche al buon senso: le complessità riscontrate nell'attribuire una responsabilità penale a sindaci, amministratori senza deleghe e RSPP, dovrebbero a maggior ragione indurre a ritenere tale evenienza praticamente impossibile con riguardo all'OdV, se non in quei rari casi – certo ipotizzabili in uno sforzo immaginativo – di concorso doloso ai sensi dell'art. 110 cod. pen. o di cooperazione colposa, limitatamente al settore infortunistico. Ciò a patto che l'interprete faccia buon governo dei principi fondamentali che ispirano il nostro ordinamento penale in ordine all'accertamento rigoroso del nesso di causalità e dell'elemento soggettivo.

⁷⁸ Nello stesso senso, v. DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, cit., pp. 157-158. il quale ha auspicato l'indicazione puntuale di garanti, “magari in occasione della tanto attesa (ri)codificazione” così come “avevano provato a fare i progetti di riforma del codice penale, tutti rimasti inattuati, delle commissioni Grosso (art. 16-24), Nordio (art. 12-16) e Pisapia (art. 12)”.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- 1) ABI, CNDCEC, CNF, Confindustria, “*Principi consolidati per la redazione dei Modelli organizzativi e l’attività dell’organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*”, Febbraio 2019;
- 2) ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *An. Giur. Economia*, 2/2009;
- 3) ABRIANI N., GIUNTA F., *L’organismo di vigilanza previsto dal D. lgs n. 231/01. Compiti e funzioni*, in *Resp amm. soc. enti*, 3/2012;
- 4) ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Giuffré, 1984;
- 5) ALDROVANDI P., *Cooperazione del delitto colposo*, in *Codice penale*, PADOVANI T. (a cura di), Giuffré, nuova edizione in corso di pubblicazione;
- 6) ALDROVANDI P., *I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001: aspetti problematici dell’ingerenza penalistica nel governo della società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007;
- 7) ALDROVANDI P., *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs 9 aprile 2008, n. 81*, in *Indice Penale*, 2/2009;
- 8) ALESSANDRI A., *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002;
- 9) AMATO G., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. Pen.*, 1/2007;

- 10) Associazione Italiana *Internal Auditors*, *Standard internazionali e Guide interpretative per la pratica professionale dell'internal auditing, Standard 2330 – Documentazione delle informazioni*, in www.aitiaweb.it;
- 11) AODV231, *Attività dell'o.d.v. e reati di cui all'art. 25 septies D. Lgs n 231/01 – Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, 22 febbraio 2016, in www.aodv231.it;
- 12) AODV231, *Le verifiche dell'OdV: programmazione e svolgimento*, 6 dicembre 2016, in www.aodv231.it;
- 13) AODV231, *Position Paper, Attività dello.d.v. e reati di cui all'art. 25 undecies D. Lgs 231/01 – Reati ambientali*, 2 gennaio 2017, in www.aodv231.it;
- 14) AODV231, *Position Paper, I flussi informativi*, 19 marzo 2012, in www.aodv231.it;
- 15) AODV231-Orrick, *Position Paper, Il Whistleblowing*, 18 luglio 2019, in www.aodv231.it;
- 16) AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, 5 maggio 2016, in www.aodv231.it;
- 17) AA.VV., *Punire l'autoriciclaggio: come, quanto e perché*, Giappichelli, 2016;
- 18) BARACHINI F, *La Gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008;
- 19) BARTOLOMUCCI S., *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, IPSOA, 2004;
- 20) BAUDINO A., SANTORIELLO C., *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Resp amm. soc. enti*, 1/2009;

- 21) BERNASCONI A., PRESUTTI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013;
- 22) Berti C., *Profili di responsabilità civile dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del D. Lgs n. 231/01*, in *La responsabilità civile*, 7/2011;
- 23) BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, 2004;
- 24) BRAMIERI M., BAGAGLIA D., FIRMANI A., MIFSUD A., *La responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, EGEEA, 2008;
- 25) CAMMAROTO G., CASTIELLO A., SILVETTI V., *Il codice della responsabilità (amministrativa) penale degli enti*, Key Editore, 2018;
- 26) CARDIA M., *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del G.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007;
- 27) CASTIELLO M., *Reati di aggiottaggio e market abuse: modelli organizzativi e controlli dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2013;
- 28) CAVALLI G., *I sindaci*, in COLOMBO G.E., G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Utet, 1988;
- 29) CAVALLI G., *Il collegio sindacale*, in AMBROSINI S., (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Utet, 2005;
- 30) CECCHERINI A., *L'organismo di vigilanza e la piccola impresa nel D. lgs n. 231/01*, in *Le Società*; 2/2010;
- 31) CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009;
- 32) CHIOLOSI M., *L'o.d.v. e la prevenzione dei reati ambientali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2017;

- 33) COMMITTEE OF EUROPEAN SECURITIES REGULATORS (CESR), *Market Abuse Directive. Level 3 - First set of Cesr guidance and information on the common operation of the Directive*, in www.esma.europa.eu;
- 34) CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione gestione e controllo*, 2014, in www.confindustria.it;
- 35) CONSOB, *Quaderno di finanza n. 54*, maggio 2013, in www.consob.it;
- 36) CONSOB, *Comunicazione n. DME/5078692*, 29 novembre 2005, in www.consob.it;
- 37) CONSULICH F., “*Vigilantes puniri non possunt*”. *I destini dei componenti dell’organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 3/2015;
- 38) CORUCCI E., *La bancarotta e i reati fallimentari*, Giuffrè, 2008;
- 39) D’ALTERIO D., LAROUSI A.B., *Il componente interno dell’organismo di vigilanza nella prospettiva aziendalistica*, 4 febbraio 2017, in www.aodv231.it;
- 40) D’ARCANGELO F., *Il ruolo e la responsabilità dell’Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, *Resp amm. soc. enti*, 1/2009;
- 41) DELLA RAGIONE L., RICCI M., *La controversa configurabilità della responsabilità penale dell’organismo di vigilanza per gli incidenti sul lavoro*, in A.M. STUKE, A. FIORELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell’Ente*, Jovene Editore, Napoli, 2014;
- 42) DE MAGLIE C., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001;

- 43) DE NICOLA A. *Il diritto dei controlli societari*, Giappichelli, 2017;
- 44) DE NICOLA A., *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Giappichelli, 2015;
- 45) DE STEFANIS R., *Profili di responsabilità dell'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2010;
- 46) DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008;
- 47) DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008;
- 48) DOVERE S., *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'o.d.v. per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in *Resp amm. soc. enti*, 1/2016;
- 49) FARINA C., *Diritto penale dell'economia*, AA.VV., Giappichelli, 2017;
- 50) FANTETTI F.R., *L'organismo di vigilanza ex D. Lgs n. 231/01 e le modifiche introdotte dalla Legge di stabilità 2012*, in *La responsabilità civile*, 5/2012;
- 51) FEDERICI F., *La responsabilità della società capogruppo ex d.lgs. 231/2001*, 5 giugno 2017, in www.aodv231.it;
- 52) FERRO V., *Delega di funzioni: i confini della posizione di garanzia e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2014;
- 53) FERRO V., LUZZI P., *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/1985;

- 54) FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2008;
- 55) FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, Utet, 2002;
- 56) GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018;
- 57) GAREGNANI G. M., *La rilevanza dei flussi informativi nei modelli organizzativi ai sensi del D. Lgs n. 231/01*, in *Riv. dott. comm.*, 2/2009;
- 58) GARGANI A., *Imputazione del reato gli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002;
- 59) GARGARELLA MARTELLI A., *L'organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. Comm.* 4/2009;
- 60) GENNARO V., *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'organismo di vigilanza*, in *Resp amm. soc. enti*, 2008, 3;
- 61) GHINI P, FRUSCIONE L., *La pianificazione dell'attività dell'OdV: scadenziario e piano di lavoro*, in *Resp amm. soc. enti*, 1/2014;
- 62) GIANNITI P., *Sentenze scelte in materia civile e penale. Aggiornamento 2008*, Wolters Kluwer Italia, 2008;
- 63) GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2008;
- 64) GRIECO M., *L'adeguato controllo dell'o.d.v. sl contenuto dei flussi informativi rilevanti in materia ambientale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2016;
- 65) GRASSO G., *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983;

- 66) GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi: l'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2008;
- 67) IORIO A. SERENI S., *Il collegio sindacale nelle S.r.l.*, Gruppo 24 Ore, 2011;
- 68) IRDCEC, *Linee guida per l'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del Collegio Sindacale*, Maggio 2013, in www.fondazione nazionale commercialisti.it;
- 69) LABIANCA G., *231 e abusi di mercato. Responsabilità delle società quotate, prevenzione degli abusi, modelli organizzativi*, Pacini Giuridica, 2018;
- 70) LANCELLOTTI G. e F., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Uno scudo processuale per le società e gli enti*, Giappichelli, 2011;
- 71) LANZI A., *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in AAVV, *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bonomia University Press, Bologna, 2009;
- 72) LANZI A., PUTINATI S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2012;
- 73) LATAGLIATA A.R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, 1964, p. 108;
- 74) LATELLA D., *Sistema dei controlli interni e organizzazione della società per azioni*, Giappichelli, 2018;
- 75) LEDDA F., GHINI P., *Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008;

- 76) LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in GIUNTA F., MICHELETTI D. (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010;
- 77) LOTTINI L., *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs n. 231/01*, in *Giur. Merito*, 10/2013;
- 78) MAGLIA S., DI GIROLAMO A., *Poteri e responsabilità dell'organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs n. 231/01*, in *Ambiente e Sviluppo*, 3/2012, IPSOA;
- 79) MAGNANI P., *Commento sub art. 2407*, in *Collegio sindacale – Controllo contabile, Commentario alla riforma del diritto societario*, Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (a cura di), Milano, 2005;
- 80) MALAVASI M., *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009;
- 81) MANZILLO F.F., *Collegi societari e responsabilità penale*, Torino, 2012;
- 82) MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale – parte generale*, Giuffrè, 2015;
- 83) MARCHETTI P., *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995;
- 84) MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2/2012, p. 102;
- 85) MONTALENTI. P., *Organismo di vigilanza e sistemi di controlli*, in *Giur. Comm.*, 4/2009;

- 86) MONTESANO M., *Una prima pronuncia di legittimità che interviene sul tema più volte sollevato in dottrina del possibile coinvolgimento dei componenti dell'organismo di vigilanza nel caso di illeciti commessi all'interno dell'ente: un "caso particolare" di esclusione (commento a cass. Pen., n. 18168, 20 gennaio 2016)*, in *Resp amm. soc. enti*, 3/2016;
- 87) PALIERO C.E., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione. Occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 4/2014;
- 88) PANSARELLA M., *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2018;
- 89) PARROTTA A., URBINATI F., *Reato dell'amministratore di fatto e la relativa responsabilità dell'ente e dell'organo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2017;
- 90) PEDRAZZI A., *Corporate governance e posizioni di garanzie: nuove prospettive in Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, II, 2002;
- 91) PELUSI L.M., *Competenza per il rischio di responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza del lavoro: le figure del committente, dei coordinatori per la sicurezza e del RSPP*, in *Cass. pen.*, 7-8/2014;
- 92) PIERGALLINI C., BASTIA P., *Perizia collegiale disposta dal GIP presso il Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale n. 4559/09*, Firenze, 2011;
- 93) PIPIA U., *Società anonima*, in *Dig. It.*, XXI, Utet, 1903-1906, n. 233;
- 94) PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008;

- 95) PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2009;
- 96) PULITANO' D., *Diritto Penale*, Giappichelli, 2017;
- 97) RABITTI M., *Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'organismo di vigilanza*, in *Resp amm. soc. enti*, 3/2010;
- 98) RANDON M., *Le posizioni di garanzia in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro tra criterio formalistico e principio di effettività*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2018;
- 99) ROMOLOTTI T., *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2008;
- 100) SACCHI D., *La responsabilità penale, civile e disciplinare dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2019;
- 101) SALAFIA V., *Responsabilità dell'organismo di vigilanza delle società*, in *Le Società*, 5/2017;
- 102) SANTORIELLO C., *Ampliamento del catalogo dei reati-presupposto della persona giuridica e conseguenze in termini di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2012;
- 103) SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'OdV rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, in *Resp amm. soc. enti*, 2/2015;
- 104) SCARPA D., *Eterogenesi della responsabilità degli organi societari di controllo e di gestione*, in *Contratto e impr.*, 6/2012;
- 105) SETTEPASSI G., *Riflessioni a margine della sentenza della Prima Sezione della Corte di Cassazione n. 18168 del 20.01.2016 in tema di responsabilità penale*

- dell'OdV per omessa segnalazione di criticità antinfortunistiche*, 30.05.2016, in www.aodv231.it;
- 106) SEVERVINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988;
- 107) SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 1/2007;
- 108) SIMONINI G., *L'organismo di vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *Resp amm. soc. enti*, 1/2016;
- 109) TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. Comm.*, 4/2012;
- 110) TRANSPARENCY INTERNATIONAL ITALIA, *Linee Guida per la predisposizione di procedure in materia di whistleblowing*, in www.transparency.it;
- 111) TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2009;
- 112) TROYER L., INGRASSIA A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 6/2008;
- 113) VACIAGO G., *Il ruolo dell'organismo di vigilanza tra prassi operativa e profili di responsabilità*, in *Resp amm. soc. enti*, 4/2017;
- 114) VERNERO P., *La funzione dell'o.d.v. svolta da uno o più componenti del collegio sindacale: criteri di nomina, requisiti e modalità di svolgimento dell'incarico*, in *Resp amm. soc. enti*, 3/2018;
- 115) VIZZARDI M., *Osservazioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza ex D. Lgs n. 231/01. È opportuno che un membro del C.d.a. o un sindaco entrino a far parte dell'o.d.v.?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

RINGRAZIAMENTI

Al Professor Aldrovandi, per i consigli e l'esempio, la fiducia e la comprensione, sin dal primo giorno.

A chi ha sempre creduto in me.

Alla nonna che, dalle Elementari fino all'esame di Stato e al Dottorato, ha ascoltato molti miei monologhi, diventando esperta di Diritto.