

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

STRUTTURA TERRITORIALE DI FORMAZIONE DI MILANO

COMMISSIONE PER LA FORMAZIONE DELLA MAGISTRATURA
ONORARIA

Incontro di studio

“L’organismo di vigilanza nel modello 231”

Relatore avv. Gabriele Casartelli

1. *Modello organizzativo gestionale e Organismo di vigilanza: le ragioni di una scelta.*

Come è noto, il d.lgs. 231/2001 attribuisce al c.d. Organismo di Vigilanza (d'ora in poi, OdV) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne, al tempo stesso, l'aggiornamento. E' stato giustamente osservato come la previsione di detto organismo costituisca un'assoluta novità nell'ambito dei sistemi di *governance* delle società, sulla cui efficace e corretta azione sono destinate a giocarsi le sorti del modello organizzativo e di gestione¹, la cui valenza esimente della responsabilità da reato per l'ente è indissolubilmente legata non solo alla adozione del modello, ma anche e soprattutto ad una sua efficace attuazione (ex artt. 6 comma 1 lett. a) e 7 comma 4) d. lgs. 231/2001).

La normativa sull'OdV è estremamente laconica: nessuna previsione riguardo alle modalità di nomina dell'organismo; alla sua composizione; alle sue concrete regole di azione; ai rapporti con l'organo gestorio e gli altri protagonisti del sistema di controllo interno dell'ente; alla eventuale responsabilità personale dei suoi membri in caso di mancata o insufficiente vigilanza. Il d. lgs. 231/2001 si limita ad affermare che l'organismo vigila sul funzionamento e l'osservanza del modello munito di "*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*" (art. 6 comma 1 lett. b) e ne cura l'aggiornamento (art. 7 comma 4 lett. a), alla luce delle informazioni "sensibili" delle quali è destinatario (art. 6 comma 1 lett. d). Un'ulteriore indicazione, proveniente dalla Relazione governativa all'impianto del d. lgs. 231/2001², sembra suggerire che l'organismo debba essere inteso quale "*modalità organizzativa dell'ente attuata dall'imprenditore ex art. 2381, comma 3 c.c.*"³.

Questa scelta appare coerente rispetto all'esigenza di rispettare l'autonomia privatistica degli enti all'interno di un perimetro normativo (quello del d. lgs. 231/2001) la cui dichiarata *ratio* è quella di coinvolgere gli enti medesimi in

¹ In questo senso vedi BASTIA, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, 2005, 161; BERNASCONI, *La responsabilità degli enti. Commento all'art. 6 d. lgs. 231/2001*, a cura di PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, 2008, 133; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d. lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 376.

² "*Per garantire la massima effettività al sistema, è disposto che la società si avvalga di una struttura che deve essere costituita al suo interno, onde evitare facili manovre volte a preconstituire una partente di legittimità all'operato della società attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente*". Il riconoscimento della colpevolezza dell'ente sarebbe conseguenza di una inadeguata e inefficiente struttura di legalità aziendale, così ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di Alessandri, 2002, 44; Di "*colpa di organizzazione*", tra gli altri, parla anche la Corte di cassazione nella sentenza 27735 del 18 febbraio 2010 (Rv. 247666 e Rv. 247665) che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d. lgs. 231/2001 (che subordina la responsabilità dell'ente alla condizione che il fatto sia stato commesso nel suo interesse o vantaggio), sollevata con riferimento all'art. 27 Cost., atteso che l'ente è chiamato a rispondere per fatto proprio.

³ Così, CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 3, 73.

una attività di prevenzione di alcune fattispecie di reato, indirizzando complessivamente in maniera virtuosa l'esercizio dell'impresa⁴.

Per converso, l'opzione prescelta ha prodotto delle ricadute sul piano dell'ermeneusi. Inevitabilmente, l'azione di vigilanza degli Odv si è modellata su coordinate che solo parzialmente riflettono alcuni principi comunemente condivisi⁵, complice la mancanza di un valido osservatorio sulle modalità di funzionamento degli organismi⁶ e la tendenziale frammentarietà delle rade pronunce giurisprudenziali *in subiecta materia*, più attente a delineare – almeno sino a ora – le condizioni di inidoneità dei modelli piuttosto che un *corpus* di quelli che sono nello specifico obblighi e doveri di chi deve vigilare sui modelli, tanto che in dottrina è stato affermato come il ruolo dell'Odv costituisca attualmente “uno dei punti più oscuri della disciplina delineata dal d. lgs. 231/2001”⁷.

In questa sede ci si occuperà, dunque, dell'analisi dei principali problemi interpretativi relativi alla composizione, funzioni e responsabilità dell'OdV, alcuni dei quali rimangono a oggi di incerta soluzione.

2. Istituzione e composizione dell'Organismo di Vigilanza. I requisiti base per la strutturazione di un sistema di vigilanza efficace.

Già sotto il profilo della istituzione dell'OdV sin dal primo periodo di applicazione della “normativa 231” si sono registrate voci discordanti, attesa la mancanza di regole positive in proposito e considerata la non univocità delle indicazioni provenienti dalle associazioni di categoria, propense ad affidare i compiti dell'OdV a organismi di controllo già esistenti, nella evidente preoccupazione di evitare una eccessiva intrusione di matrice esogena nelle dinamiche aziendali⁸. Così, si sono registrate proposte eterogenee volte a riconoscere funzioni di Odv all'*internal auditing*, competente a svolgere funzioni di revisione interna alle dirette dipendente di un vertice esecutivo aziendale⁹; al consiglio di sorveglianza, cui l'art. 2409

⁴ Si ricorda come, a livello sovranazionale, la Commissione Europea abbia da tempo sottolineato l'importanza di innalzare il livello di responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nei processi decisionali delle società al fine di realizzare un sistema efficiente e lecito di *governance* dell'ente. Sul punto, vedi diffusamente FANTETTI, *L'organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001 e le modifiche introdotte dalla legge di stabilità 2012*, in *Società*, 2012, 5, par. 4.

⁵ Che possono trovare espressione, ad esempio, nei codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti, sulla cui validità esimente, però, la giurisprudenza sembra nutrire seri dubbi. Vedi al riguardo, *infra*, sub nota 98.

⁶ Sul punto, vedi CALLERI, *cit.*, 73.

⁷ ABRIANI-GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d. lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 3, 192; nello stesso senso, GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le società*, 2012, 11 1218.

⁸ Le linee guide di Confindustria, ad esempio, prevedono tre possibili opzioni con riguardo all'affidamento delle funzioni di OdV: al Comitato di controllo interno, per le società che ne siano dotate; all'*Internal Audit*; ad un organismo creato *ad hoc*.

⁹ ZANALDA-BARCELLONA, *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, 2002, 72

terdecies c.c. attribuisce in qualche misura compiti in *parte qua* coincidenti con quelli dell'OdV¹⁰; al collegio sindacale¹¹.

All'opposto, altri commentatori hanno da subito chiarito come la sistematica del d. lgs. 231 richieda l'istituzione di un nuovo organismo, dotato di un apposito regolamento¹² che regoli modalità di composizione, doveri/poteri e responsabilità attribuite, per ragioni essenzialmente legate alla necessaria autonomia e indipendenza dell'organo rispetto agli organi di gestione societaria¹³. Quantunque la legge 183/2011 (c.d. legge di stabilità 2012) abbia previsto nelle società di capitali la *possibilità* di attribuire al sindaco, al collegio sindacale, al comitato per il controllo sulla gestione ovvero al consiglio di sorveglianza le funzioni di OdV¹⁴ e la stessa scelta sia stata fatta in ambito creditizio da Banca di Italia mediante le nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche (15° aggiornamento del 2 luglio 2013 della circolare n. 263 del 27 dicembre 2006)¹⁵, appare preferibile per ragioni di coerenza sistematica l'opzione che predilige la creazione di un organismo *ex novo*, soprattutto in considerazione del fatto che il modello potrà avere una concreta portata esimente solo ove venga dimostrata l'efficacia dei controlli che postula, a sua volta, l'esistenza di un OdV costruito in modo da assicurare che la sua attività sia realmente condotta secondo canoni di attendibilità, imparzialità ed effettività¹⁶.

Ovviamente non si vuole né si può disconoscere l'importanza del *quid pluris* (fondamentale soprattutto nelle realtà aziendali più complesse) originato dalla conoscenza delle effettive dinamiche dell'ente che solo soggetti interni alla società possono vantare. In questo senso, la previsione che dell'OdV in

¹⁰ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV. (a cura di Lattanzi), *Reati e responsabilità degli enti*, 2005, 105.

¹¹ RORDORF, *Prime (e sparse) riflessioni sulla responsabilità amministrativa degli enti collettivi per reati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2002, 17; BASTIA, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV. *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, 2002, 86.

¹² Si sottolinea che il regolamento è funzionale, essenzialmente, a individuare le funzioni e i poteri dell'OdV, le modalità di funzionamento, l'iter di acquisizione di informazioni da e verso la società, il coordinamento con altri organi di controllo e/o gestione sociale, il *modus procedendi* in materia disciplinare in caso di violazione del modello.

¹³ In questo senso, FRIGNANI-GROSSO, in *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di Monesi, 2005, 383; DE VIVO – MARTINO, *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001, La responsabilità amministrativa delle imprese*, 2006, 186; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 51.

¹⁴ Previsione trasfusa nell'art. 6 comma 4 bis d. lgs. 231/2001.

¹⁵ Le nuove disposizioni in oggetto prevedono che “l'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti – che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione”.

¹⁶ Vedi, in proposito, VIZZARDI, *Osservazioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza ex d. lgs. 231/2001*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2010, p. 2. La Corte di Assise di Appello di Torino, 28 febbraio 2013, nel caso Thyssen-Krupp ha osservato significativamente che “la constatazione che nelle società di capitali oggi anche il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possano svolgere la funzione di OdV non comprime affatto il requisito dell'autonomia dell'organo”.

forma collegiale venga chiamato a far parte un sindaco, piuttosto che il preposto all'*internal auditing* o il responsabile delle risorse umane ovvero, ancora, il vertice della struttura legale interna o anche il *compliance officer* deputato alla funzione di conformità nel settore degli intermediari finanziari¹⁷ non solo non mette a rischio automaticamente i requisiti di indipendenza e autonomia dell'OdV, ma può incrementare un'altra delle caratteristiche essenziali che la legge richiede per la validità dell'organismo, vale a dire la sua professionalità, che si combina con la continuità dell'azione di vigilanza.

Si tratta di un aspetto fondamentale, tanto più considerato che una effettiva attività di controllo su fenomeni complessi quali sono le realtà aziendali odierne, specie se di dimensioni medio-grandi, richiede un sapere multidisciplinare che è sostanzialmente impossibile reperire nel bagaglio conoscitivo del singolo professionista e che possono anche determinare, ove il caso concreto lo richieda, il ricorso da parte dell'OdV a risorse esterne sotto forma di consulenze mirate¹⁸.

La conclusione preferibile, allo stato dell'arte, appare dunque essere quella che privilegia la nomina di OdV creato *ex novo*, preferibilmente di natura collegiale¹⁹ e a composizione mista, quale migliore garanzia dei richiesti *standard* di indipendenza, autonomia e professionalità²⁰. In questo senso, anche la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come sia "*auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente "quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controlli". Indubbio che per enti di dimensioni medio grande la forma collegiale si impone, così come si impone una continuità di azione*"²¹.

Ciò premesso, resta il problema della scelta di chi, tra i membri interni dell'ente, possa essere chiamato a far parte dell'OdV; in concreto il problema si pone, in particolare, con riguardo a due organi: l'amministratore e il sindaco, eventualmente nella articolazione multipersonale del collegio sindacale.

¹⁷ Sul quale vedi COLONNA, *Responsabilità amministrativa delle società*, 2008, f. 1, 116.

¹⁸ RUBBOLI-BRAMIERI-BAGAGLIA-BOGLIACINO, *La responsabilità amministrativa delle società*, 2003, 209.

¹⁹ Pare superfluo ricordare che la legge non prevede alcunché circa la composizione monocratica o collegiale dell'OdV, salvo specificare che negli enti di piccole dimensioni la funzione di OdV può essere esercitata dall'organo dirigente (art. 6 comma 4 d. lgs. 231/2001). Su quest'ultimo punto, vedi BERNASCONI, *Commento all'art. 6 d. lgs. 231/2001*, cit., 158.

²⁰ E' stato giustamente osservato che i requisiti di autonomia e indipendenza non possono essere intesi in senso assoluto. Una efficiente raccolta delle informazioni comporta una certa vicinanza alla gestione che può limitare parzialmente l'indipendenza; l'OdV deve coordinarsi con gli altri organi di controllo; all'OdV è opportuno non attribuire poteri che sacrificano ingiustificatamente la gestione societaria; le risorse finanziarie dell'OdV non possono essere illimitate; l'attività dell'OdV non può sacrificare la necessaria riservatezza dell'ente: così, CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, 2009, 402.

²¹ GIP Tribunale di Roma, ordinanza 4 aprile 2003.

Per quanto concerne gli amministratori, l'opinione assolutamente prevalente è nel senso di negare agli stessi la possibilità di far parte dell'OdV, considerati i compiti di gestione dell'azienda attribuiti alla funzione amministrativa che finirebbe col produrre una sorta di *contaminatio* tra controllato e controllore, sufficiente a inficiare irrimediabilmente l'indipendenza dell'organismo²². Vi è, comunque, chi ha sostenuto la compatibilità tra le due funzioni in riferimento alla figura degli "amministratori indipendenti" senza deleghe, ciò a condizione che l'indipendenza e la competenza degli stessi venga adeguatamente valutata in concreto²³. In senso opposto, è stato rilevato come anche l'amministratore indipendente svolga, in realtà, una attività di gestione della *res* societaria, valutando l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa e svolgendo un controllo sul generale andamento della società, con la conseguenza che, ove chiamato a svolgere il ruolo di componente dell'OdV, egli dovrebbe vigilare sugli stessi assetti organizzativi che ha contribuito a creare²⁴.

La giurisprudenza appare orientata decisamente in senso negativo, in base alla considerazione che l'esercizio di poteri gestori appare incompatibile con l'autonomia e l'indipendenza che devono caratterizzare l'azione dell'OdV. Si è così osservato, al riguardo, che *"al fine di garantire efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'attività dell'ente, potrebbe pregiudicarne la serenità di giudizio al momento delle verifiche"*²⁵. Nella vicenda Thyssen-Krupp è stata esclusa l'efficace adozione del modello organizzativo in base alla considerazione che un dirigente facesse parte dell'OdV, sottolineandosi, da un lato, *"che tale organismo deve essere dotato, secondo l'art. 6 d. lgs. 231/2001 di "autonomi poteri di iniziativa e di controllo": non è necessario spendere ulteriori parole sulla autonomia del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato"*²⁶, e aggiungendosi, dall'altro, che *"la composizione dell'OdV è essenziale perché lo stesso Modello possa ritenersi efficacemente attuato (art. 6 lett. a). A sua volta l'OdV deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (art. 6 lett. b). Ciò significa che deve sempre essere garantita l'autonomia dell'iniziativa di controllo dell'OdV da ogni forma di interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente...l'autonomia dovrà in primo luogo sussistere rispetto all'organo dirigente (ed) è altrettanto indispensabile che all'OdV non siano attribuiti compiti operativi"*²⁷.

²² PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 5.1.; PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, fasc. 1, 159.

²³ In questo senso, SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, 2002, 95; BRAMIERI-BAGAGLIA-FIMIANI-MIFSUD, *La responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, 2008, 440.

²⁴ PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza*, cit., 159.

²⁵ GIP Tribunale di Roma, 4 aprile 2003, cit.

²⁶ Tribunale di Torino, Seconda Corte di Assise, 14 novembre 2011.

²⁷ Corte di Assise di Appello di Torino, 28 febbraio 2013.

Ancora, in una recentissima sentenza con la quale i Giudici di legittimità hanno annullato una pronuncia di assoluzione dell'ente in base alla possibile esistenza di un difetto dei controlli nel modello, è stato rilevato che per rendere concreta la previsione di un OdV dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo è necessario che *“iniziativa e, principalmente, controllo, siano effettivi e non meramente cartolari”*, eventualità per la cui ricorrenza *“si deve presupporre la non subordinazione del controllante al controllato”*²⁸

Con riferimento, infine, al gruppo di imprese, il Tribunale di Napoli ha avuto modo di stigmatizzare il fatto che tra i membri dell'OdV della controllante sedesse un amministratore della controllata, osservando che *“in ragione dei rapporti esistenti tra gli organismi di vigilanza delle società del gruppo e soprattutto dei rapporti infragruppo desta perplessità che un membro dell'organismo di vigilanza della società capogruppo, titolare di un potere di controllo sulle prestazioni di servizio effettuate dalla medesima in favore delle società appartenenti al gruppo, ricopra all'interno delle società controllate la carica di membro del Consiglio di Amministrazione”*²⁹.

Sulla base di questi principi, appare dunque rischioso per l'impresa prevedere nella composizione dell'OdV la presenza di un soggetto dotato di compiti amministrativi senza incorrere seriamente nell'alea di un giudizio di accertamento di inidoneità del modello.

Per quanto concerne i sindaci, se è vero che l'introduzione dell'art. 6 comma 4 *bis* nel d. lgs. 231/2001 consente al sindaco e al collegio sindacale di svolgere funzione di OdV, è altrettanto indubitabile che la previsione normativa non consente automaticamente di ritenere che con un colpo di spugna siano state *de iure* cancellate tutte le perplessità che avevano condotto gli interpreti, già in prima battuta, a ritenere più che dubbia la cumulabilità di queste posizioni³⁰. Come è stato efficacemente notato, *“la semplice previsione nel nuovo comma 4 bis della possibilità di assegnare all'organo di controllo le funzioni dell'Organismo di Vigilanza, in un quadro normativo rimasto per il resto immutato, certo non garantisce il superamento delle criticità così significativamente rilevate”*³¹. In effetti, gli aspetti critici circa la possibile attribuzione ai sindaci delle funzioni di OdV permangono intatti, ad onta della nuova previsione dell'art. 6 comma 4 *bis*, la quale non appare certamente idonea a rendere

²⁸ Cass., V, 30 gennaio 2014, n. 4677.

²⁹ GIP Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007. In ordine alla questione del rapporto tra OdV e gruppo societario vedi *infra*, par. 4

³⁰ Cfr., ad esempio, BERNASCONI, *Commento all'art. 6*, cit., 135; MANCINI, in *I modelli organizzativi ex D. lgs. 231/2001. Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di Monesi, 2005, 445. Le linee guida ABI, osservavano che *“attesa la configurazione e le funzioni che il decreto attribuisce a tale organismo, non appare coerente una sua identificazione con il collegio sindacale, le cui funzioni sono stabilite dalla legge e che non è fornito, in materia, di quei poteri autonomi di iniziativa e di controllo cui il decreto fa, come visto, espresso riferimento”*. Allo stesso modo, le linee guida di Confindustria precisavano che il collegio sindacale appare privo della *“continuità di azione che il legislatore ha inteso attribuire all'Organismo”*, vedi *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, in www.confindustria.it.

³¹ Così il documento stilato dall'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza (AODV 231) nel marzo 2012, intitolato: *“La modifica dell'art. 6 del d. lgs. 231/2001. Critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale delle funzioni di OdV”*.

impermeabile al vaglio della magistratura inquirente e giudicante eventuali possibili profili di inefficacia di un modello il cui controllo sia devoluto al sindaco.

L'anomalo *crossingover* istituzionale originato da questo incrocio di funzioni è bene evidenziato anche da quanto previsto nelle linee guida per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale, documento elaborato dall'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli esperti Contabili (I.R.C.D.E.C.) nel maggio 2013, con riguardo al "*principio di prevalenza, in virtù della natura di organo sociale, del collegio sindacale rispetto a quello funzionale dell'OdV*". Come è stato osservato, l'affermazione di questo principio non appare corretta in quanto compara ruoli e funzioni diversi secondo un criterio gerarchico che non trova alcun concreto e giustificato appiglio normativo³². Oltre a ciò, questa conclusione non considera in alcun modo che il sistema delineato dal d. lgs. 231/2001 è un vero e proprio microsistema autonomo³³, la cui valenza è eminentemente penale-amministrativa e non certamente civilistica³⁴.

Diversi sono i problemi pratici che gli interpreti hanno rilevato nella sovrapposizione di ruoli tra sindaco e OdV.

³² BARTOLOMUCCI, *L'ibrida figura dell'organismo sindacale* ex d. lgs. n. 231/2001 nelle linee guida dell'I.R.D.E.C., *Prime considerazioni*, in www.aodv231.it, 2.

³³ Così, icasticamente, AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in Cass. Pen., 2005, 320, il quale osserva che la natura così articolata ed esauriente del corpus normativo del d. lgs. 231 fa pensare "*alla nascita di un vero e proprio codice delle personnes morales*".

³⁴ Come è noto, il tema della natura della responsabilità ex d. lgs. 231/2001 è ampiamente dibattuto. Poiché il tema esula dai limiti di questo lavoro, ci si limiterà a ricordare che secondo alcuni si tratterebbe di una responsabilità penale (in dottrina, ad es., CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, 2002, 208; EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, 2006, 454; FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 29, 8; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, pt. gen.*, 2009, p. 165; A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in LANCELOTTO (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, 2003, 85; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845; TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Le Società*, 2001, 1305; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Cass. pen.*, 2007, 74, con commento di BARTOLOMUCCI - 759); secondo altri, di una responsabilità di natura amministrativa (in questo senso, in dottrina, cfr. MARINUCCI, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201; PALAZZO, *Corso di diritto penale, pt. gen.*, 2006, 47; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398; in giurisprudenza, GIP Tribunale di Milano, 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333; GIP Tribunale di Milano, 25 gennaio 2005, in *Le Società*, 2005, 1441; Tribunale di Milano, sez. X pen., 3 marzo 2005, p. 3, in www.rivista231.it; G.i.p. Tribunale di Milano, 18 gennaio 2008, 4, ivi; Trib. Torino, II Corte di Assise, 15 aprile 2011, cit.; GIP Tribunale di Milano, 8 marzo 2012; Cass. SS.UU., 23 gennaio 2011, n. 34476, in *Cass. pen.*, 2012, 433 che la definisce responsabilità amministrativa da reato); secondo un'altra interpretazione, infine, si sarebbe previsto un *tertium genus* di responsabilità, "*che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo*" (così, Relazione governativa al d.lgs. 231; nello stesso senso, in dottrina, CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Gallo*, 2004, 86; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1399; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 417; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit., 22; in giurisprudenza, GIP Tribunale di Milano, 24 gennaio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 3862; Cass., sez. VI, 9 luglio 2009 n. 36083, in *Cass. pen.*, 2010, 1938 ss.).

In primo luogo, risulta abbastanza intuitivo che il Collegio Sindacale potrebbe essere soggetto a un vero e proprio conflitto di interessi, atteso che, da un lato, i sindaci sono chiamati a svolgere una attività di controllo sull'OdV per quanto concerne l'osservanza del regolamento, il funzionamento dell'organo e la gestione del *budget*, mentre l'OdV esercita un controllo sui reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato, alcuni dei quali potrebbero essere stati commessi proprio in virtù del fatto che i sindaci non hanno vigilato in conformità agli obblighi loro imposti dalla legge (ex art. 2407 c.c.)³⁵. Sotto questo aspetto l'indipendenza dell'OdV potrebbe risultare vanificata.

Si osservi che la questione assume rilevanza non solo in riferimento ad alcune tipologie di reati presupposto della responsabilità dell'ente quali quelli previsti dall'art. 25 *ter* (reati societari) o 25 *octies* (riciclaggio), ma anche avuto riguardo a quelle fattispecie che pur non essendo catalogate nell'ambito del sistema considerato possono comunque avere una spiccata rilevanza *in subiecta materia*. E' questo il caso dei reati fiscali, che possono consentire la creazione di riserve occulte e disponibilità extracontabili finalizzate al reato di corruzione.

Ulteriormente, mentre il collegio sindacale è nominato dall'assemblea e agisce secondo coordinate previste espressamente dalla legge al fine di vigilare sull'osservanza della legge, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403 c.c.), l'OdV viene nominato dall'organo amministrativo e ha il precipuo compito di vigilare sul corretto funzionamento del modello 231, con la conseguenza che nell'ipotesi di sovrapposizione delle due funzioni il Collegio sindacale è chiamato a vigilare sulle condotte degli amministratori dai quali dipende come OdV, con tutto quello che ne consegue sul piano della possibile compromissione della autonomia di quest'ultimo.

Giova ricordare, poi, che uno dei requisiti richiesti in capo all'OdV è la continuità di azione, che mal si concilia con le previsioni di cui all'art. 2404 c.c. secondo cui le riunioni del consiglio sindacale dovrebbero avere cadenza trimestrale, disposizione ripresa nell'art. 4 del regolamento OdV allegato alle menzionate linee guida I.R.C.D.E.C.. Per converso, la necessità della continuità di azione potrebbe determinare l'esistenza di una situazione di incompatibilità rispetto al ruolo di sindaco a mente dell'art. 2399 c.c., che vieta ai sindaci di intrattenere con la società, controllate, controllanti nonché

³⁵E' stato notato che "tale criticità è addirittura destinata a acuirsi nelle società con governance dualistica, allorché al Consiglio di Sorveglianza (organo di controllo) sia attribuita anche una funzione di supervisione strategica, quindi apicale "per eccellenza": la situazione che ne deriva appare particolarmente stridente, se si considera che, nella genesi del D. Lgs. 231/2001, l'Organismo di Vigilanza è stato introdotto proprio quando si è manifestata la necessità di estendere la vigilanza alle figure apicali", in Osservazioni dell'AODV231 al documento di Banca di Italia in tema di "Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche – sistemi dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa", www.aodv231.it.

enti sottoposti a comune controllo, rapporti continuativi di consulenza o di prestazione d'opera retribuita³⁶.

Altro sostanziale aspetto di netta differenziazione tra la posizione di sindaco e quella di membro dell'OdV discende dalla considerazione – su cui si tornerà tra poco – che mentre sul primo incombe una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., altrettanto non si può dire per i componenti dell'OdV. Ciò implica una inammissibile sovrapposizione di piani che potrebbe avere un effetto potenzialmente devastante. E' infatti evidente che ampliando la sfera di azione del collegio sindacale alla prevenzione dei reati, mediante l'attribuzione allo stesso di funzioni di OdV, si rischia di far sorgere in capo ai sindaci una responsabilità penale per tutte le fattispecie di reato la cui realizzazione non si sia riusciti ad impedire. Né, in questo senso, appare soddisfacente la proposta contenuta nella circolare ABI n. 1 del 2012, secondo cui si dovrebbe operare una ripartizione delle funzioni esercitate *“per evitare che il collegio sindacale che svolge funzioni di organismo di vigilanza sia considerato quale titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante anche in relazione alla materia 231. Il D. Lgs. 231/2001 non attribuisce infatti all'organismo di vigilanza poteri di intervento impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti, che presuppongono l'esercizio di un'autorità sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa”*. A tacere d'altro, risulta chiaro come questa soluzione risulti all'atto pratico di difficile praticabilità, non essendo ragionevolmente pronosticabile che un semplice “cambio di cappello” possa garantire i sindaci dalle conseguenze penali discendenti dall'aver omesso gli interventi, anche e soprattutto di natura endosocietaria, che in qualità di membri dell'OdV non avevano il dovere di fare³⁷.

Da ultimo, ma non meno importante, la scelta di un “OdV sindacale puro”, quantunque consentita dalla legge, potrebbe avere pericolose ricadute anche per quanto riguarda la professionalità dell'organismo, atteso che l'esclusiva vocazione professionale di natura contabile dei membri difficilmente potrà soddisfare in concreto il bagaglio culturale multidisciplinare che le complesse dinamiche di una azienda già di dimensioni medie oggi richiede a chi svolga *ratio cognita* il compito di vigilare sull'efficace attuazione del modello organizzativo e gestionale previsto dal decreto 231.

Alla luce delle considerazioni che precedono, un punto appare incontestabile: non è solo il modello organizzativo che deve “emergere”, per così dire, dalla carta e trovare effettiva attuazione nella realtà dell'impresa

³⁶ Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili in un parere reso in data 16 febbraio 2009 ha escluso qualsiasi incompatibilità ai sensi dell'art. 2399 c.c. tra funzione di sindaco e OdV osservando che benché l'incarico di componente dell'OdV possa essere inquadrato in linea teorica quale rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita, l'esercizio dell'attività di vigilanza non configurerebbe uno stato di soggezione dell'OdV verso l'amministratore, né una commistione di interessi tra OdV e organo di gestione che risulterebbe pregiudizievole per la società e che l'art. 2399 c.c. vuole evitare.

³⁷ Sul punto e, più in generale, sulle problematiche originate dalla sovrapposizione tra il ruolo di sindaco e quello di membro dell'OdV vedi BARTOLOMUCCI, *L'ibrida figura dell'“organismo sindacale”*, cit..

perché si producano gli effetti virtuosi previsti dagli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001, ma anche - e soprattutto - l'azione di vigilanza sullo stesso, che è destinata inevitabilmente al naufragio qualora non si effettuino le doverose oculute scelte già nel momento della progettazione e strutturazione dell'OdV³⁸.

3. *Organismo di Vigilanza e posizione di garanzia: un binomio imperfetto.*

Si è già osservato³⁹ che il d. lgs. 231 attribuisce all'OdV il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento, senza ulteriori specificazioni di dettaglio. Secondo le linee guida di Confindustria, l'azione di vigilanza dell'organo deve esplicarsi nella *“verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito”*, onde saggiarne l'adeguatezza al fine di evitare la commissione dei reati presupposto della responsabilità dell'ente, anche secondo una prospettiva dinamica volta sia al mantenimento nel tempo dei requisiti di funzionalità del modello, sia al loro aggiornamento attraverso proposte rivolte in tal senso agli organi sociali a ciò deputati⁴⁰. A questo fine, l'OdV deve essere dotato di *“autonomi poteri di iniziativa e controllo”* (art. 6 comma 1 lett. b). I primi sono identificabili nella *“formulazione di proposte, pareri, osservazioni, denunce dirette ad altri organi”*, mentre i secondi *“nella verifica della conformità della prassi aziendale alle prescrizioni del modello di organizzazione”*⁴¹.

In quest'ottica, il compito dell'OdV appare avere caratteristiche di prevenzione indiretta, avendo quale obiettivo, in ultima analisi, quello di *“assicurare l'effettività dei modelli di organizzazione e di gestione adottati”* e non già a *“prevenire concreti episodi delittuosi”*⁴². Essendo, inoltre, l'attività dell'OdV

³⁸ Nell'ordinanza sul caso IVRI il GIP del Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, cit., ha stigmatizzato il fatto che nei modelli delle società considerate nella vicenda oggetto di procedimento si prevedessero alcune cause di ineleggibilità e decadenza, fra le quali la condanna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici ovvero l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese. Al riguardo l'ordinanza osserva, infatti, che *“appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare quale componente dell'organo di vigilanza sia stata emessa sentenza di condanna divenuta irrevocabile. E' dunque esclusa la rilevanza di una eventuale sentenza di condanna non irrevocabile ovvero di una sentenza di patteggiamento (anche per grave fatto corruttivo) emessa nei confronti di chi dovrebbe fare parte dell'organo di vigilanza”*.

³⁹ *Supra*, par. 1.

⁴⁰ *Linee guida per la costruzione dei modelli*, cit., 34.

⁴¹ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 406; più nello specifico, l'OdV è tenuto ad attivare le procedure di controllo, la responsabilità delle quali resta a carico dei soggetti individuati dalla normativa aziendale; disporre verifiche periodiche nelle aree a rischio reato; raccogliere informazioni rilevanti, anche coordinandosi con gli altri organi di controllo; esaminare le relazioni dei responsabili delle unità operative per individuare eventuali carenze del modello e proporre agli organi competenti le eventuali necessarie modifiche del modello; promuovere la diffusione delle conoscenze del modello tra il personale dell'azienda attraverso piani di formazione; proporre l'avvio del procedimento disciplinare in caso di riscontrata violazione del modello. Sul punto, vedi BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche* 2004, 252; BERNASCONI, *Commento all'art. 6*, cit., 140.

⁴² PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 2002, II, 1375; nello stesso senso, CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 405; FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, 2006, V, 5105; in senso difforme vedi GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'OdV*, cit., par. 1, secondo cui l'attività dell'OdV potrebbe avere ad oggetto anche il comportamento in sé del singolo esponente, anche da un punto di vista strettamente penalistico e anche

rivolta all'ente e non verso l'esterno⁴³, ne consegue che essa ha una matrice essenzialmente prevenzionistica, che va apprezzata esclusivamente nella prospettiva della efficacia e funzionalità del modello (anche attraverso l'aggiornamento dello stesso a seguito della avvenuta commissione di una fattispecie di reato) e non nella diversa dimensione impeditiva del reato presupposto⁴⁴. Non è un caso, al riguardo, che il d. lgs. 231 non definisca obblighi o doveri dell'OdV nell'ipotesi in cui venga accertata l'imminente consumazione di un reato presupposto ovvero si constati l'avvenuta perpetrazione dello stesso.

L'ordinamento non prevede neppure specifici doveri e – correlativamente – poteri impeditivi diretti in capo all'OdV, come invece accade in riferimento ad altri soggetti dell'ente (ad es., l'amministratore, ex art. 2392 e 2394 c.c.; il sindaco, ex artt. 2403, 2404 comma 2 e 2407 c.c.: il datore di lavoro, ex art. 2087 c.c. e 18 d. lgs. 81/2008; il dirigente e il preposto, ex art. 19 d. lgs. 81/2008). Questo dato ha indotto la gran parte degli interpreti a ritenere insussistente qualsiasi posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV e, dunque, l'impossibilità di ritenere sussistente la responsabilità penale dei suoi membri ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p. per non avere impedito l'evento, nel caso in cui esponenti dell'ente abbiano consumato uno dei reati presupposto del d. lgs. 231⁴⁵, per quanto non manchino voci contrarie secondo cui la funzione di vigilanza dell'OdV sarebbe orientata anche alla tutela di interessi esterni alla società, ditalché risulterebbe comunque possibile prospettare la

prima o a prescindere dal fatto che tale comportamento sia oggetto di una notizia di violazione del modello adottato dall'ente.

⁴³ Con l'unica eccezione di quanto previsto in materia di riciclaggio dall'art. 52 d. lgs. 231/2007.

⁴⁴ Si veda quanto scritto, ad esempio, dal GIP del Tribunale di Milano nell'ordinanza 20 settembre 2004, cit., ove si giunge a ipotizzare un eventuale obbligo per dipendenti, direttori e amministratori di riferire all'OdV anche notizie circa la consumazione di reati all'unico fine, però, di rendere efficace funzionalmente il modello.

⁴⁵ In questo senso, tra gli altri, PEDRAZZI, *Corporate Governance*, cit., 1375; GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2006, 611; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 5.4.; CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 411; ALESSANDRI, *Corporate Governance nelle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2002, 544; ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e gestione" nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2007, 463; DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, 2008, 203; PISANI, *Vontrolli sindacali e responsabilità penale nella società per azioni*, 2003, 106; SFAMENI, *Responsabilità amministrativa da reato e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori e Organismo di Vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2007, 184; TROYER-INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. commercialisti*, 2008, 1266; BAUDINO-SANTORIELLO, *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Riv. 231*, 2009, par. 2. A proposito della funzione dell'OdV, è stato osservato che è raffigurabile come "una stella con tante punte, che si muovono, continuativamente, a doppio senso: per un verso, si proiettano verso i soggetti che presidiano il processo a rischio-reato, per ottenere i flussi informativi previsti dal modello; per altro e collegato verso, possono insinuarsi nel processo, come controllori di secondo grado, esercitando poteri ispettivi e di vigilanza. Destinatario dell'attività dell'OdV è, essenzialmente, il vertice della società, al quale compete la decisione finale sulle segnalazioni che gli vengono trasmesse. Va, infatti, sottolineato subito un aspetto fondamentale dell'organismo di vigilanza, desumibile dal dettato normativo: esso vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di controllo, sì che gli è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva: tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della imparzialità dell'organo, argine indispensabile per evitare insanabili conflitti di interesse", così PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 5.

sussistenza di una posizione di garanzia dell'organo, anche considerata la possibilità riconosciuta all'OdV di "*intercettare una sequenza fondamentale di vicende illecite, rallentarne il corso e, se il modello adottato gliene conferisce il potere, irrogare sanzioni o promuovere il relativo procedimento*"⁴⁶.

Premesso che non risulta che, allo stato attuale, la giurisprudenza sia intervenuta con riguardo al problema della eventuale posizione di garanzia dei membri dell'OdV, va detto che anche sul piano interpretativo la questione rimane aperta e merita un approfondimento, soprattutto in considerazione di alcuni obblighi di sicura rilevanza esterna imposti (anche) all'OdV dall'art. 52 del d. lgs. 231/2007 in materia di antiriciclaggio.

Una prima considerazione da fare è che sembrerebbe mancare del tutto a livello ordinamentale una fonte diretta che possa fungere da atto costitutivo dell'OdV quale garante nei confronti di determinati beni meritevoli della protezione rafforzata, riconosciuta dall'ordinamento ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p.⁴⁷.

Non pare rilevare, in senso contrario, quanto previsto dall'art. 52 d. lgs. 231/2007, che assegna all'OdV specifici obblighi di comunicazione in tema di antiriciclaggio di atti o fatti conosciuti nell'esercizio dei propri compiti, rilevanti *in subiecta materia*, tanto nei confronti di soggetti facenti parte dell'ente, quanto verso soggetti istituzionali estranei. In primo luogo, la norma *de qua* non è strutturata direttamente a presidio dell'impedimento dei reati di riciclaggio o della consumazione di delitti con finalità di terrorismo, fattispecie contemplate dal d. lgs. 231 quale possibile fonte di responsabilità per l'ente (*ex artt. 25 octies e 25 quater*). Si deve infatti osservare come la comunicazione delle notizie apprese dall'OdV è funzionale a informare altri soggetti che sono quelli effettivamente gravati dall'obbligo di agire al fine di evitare la produzione di ulteriori eventi di reato⁴⁸, sicché la mancata segnalazione non può essere considerata l'azione doverosa che avrebbe impedito il prodursi dei reati di cui agli artt. 25 *octies* e 25 *quater* del d. lgs. 231/2001⁴⁹. Ulteriormente, si rileva come la violazione dell'art. 52 dia luogo

⁴⁶ NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, 2009, 386; ritengono possibile configurare una posizione di garanzia in capo all'OdV MANNA, *La cd responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, 511; PELLISSERO, *La responsabilità degli enti*, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di Grosso, 2007, 880; GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1066; ANTONETTO, *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2008, 83.

⁴⁷ Con riguardo al fondamento del meccanismo di responsabilità dei reati omissivi impropri si veda, nell'ambito di una bibliografia naturalmente vastissima, GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie...*, 184; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, 1979, 204; NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. Pen.*, 1982, 433.

⁴⁸ In proposito, vedi CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 413.

⁴⁹ In senso contrario vedi, però, D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2009, 1, 71, secondo il quale la norma dell'art. 52 d. lgs. 231/2001 porrebbe uno specifico dovere di garanzia volto all'impedimento delle fattispecie di riciclaggio non ancora verificatesi, ma del cui possibile verificarsi vi è traccia nelle operazioni oggetto di segnalazione; ROMOLOTTI, *Prove di ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle*

alla fattispecie di reato prevista dall'art. 55 comma 5 d. lgs. 231/2007, che è costruita in termini di reato omissivo proprio⁵⁰, con la conseguenza che la stessa non può automaticamente fondare una posizione di garanzia, in quanto la sua eventuale rilevanza quale fattispecie omissiva impropria deve essere considerata alla luce della *ratio* dell'art. 40 comma 2 c.p.⁵¹, in particolare avuto riguardo al giudizio sulla doverosità della condotta in ipotesi pretermessa ai fini di impedire l'evento di reato, nel caso di specie, come si è detto, insussistente rispetto alle ipotesi di cui agli artt. 25 *octies* e 25 *quater* d. lgs. 231/2001, attesa anche la mancanza dei relativi poteri di intervento in questo senso da parte dell'OdV.

La fonte della posizione di garanzia dell'OdV non sembrerebbe ravvisabile neppure nello stesso modello di gestione e controllo sul quale l'organismo è chiamato a vigilare, così come invece prospettato da alcuni interpreti secondo cui, facendo parte integrante di un complesso meccanismo la cui finalità è quella di prevenire la commissione di reati, l'intervento dei membri dell'organismo può, in via mediata, rivelarsi talora decisivo per le sorti del potere impeditivo esercitato in concreto dall'organo gestorio⁵².

A parte il rilievo circa il fatto che l'adozione e l'attuazione del modello costituisce, ad oggi, un semplice onere e non un obbligo⁵³, con la conseguenza che appare problematico individuare l'esistenza di una posizione di garanzia in un atto frutto di autonomia privata facoltativo il cui scopo è quello di ridurre le possibili conseguenze sfavorevoli per l'ente in caso di commissione di determinati reati⁵⁴, è stato giustamente notato che il suddetto onere previsto dall'art. 6 del decreto 231 non può trasformare il modello prevenzionale, una volta che questo sia attuato, in qualcosa di ontologicamente diverso, vale a dire in una formale posizione di garanzia relativa all'impedimento dei reati presupposto in relazione ai quali il modello è stato implementato nella organizzazione di impresa⁵⁵. Del resto, appare

società e degli enti, 2009, 1, 90. A parere di BAUDINO-SANTORIELLO, *La responsabilità*, cit., 68, "la normativa contenuta nel d. lgs. 231/2007 rischia di modificare radicalmente la natura e le funzioni dell'OdV, il quale da collegio a rilevanza meramente interna, che dovrebbe svolgere il proprio ufficio nell'interesse esclusivo dell'ente (...) acquisisce ora (...) una rilevanza anche nei confronti diversi della persona giuridica nel cui ambito opera".

⁵⁰ Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'articolo 52, comma 2, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro.

⁵¹ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2001, 560.

⁵² Per questa possibile configurazione della posizione di garanzia vedi NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 318; MANNA, *La c.d. responsabilità penale delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, 510; nonché, in termini più problematici, GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza*, cit., par. 1.

⁵³ Vedi, sul punto, PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 432; sembra affermare il contrario Trib. Civile Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, se conco cui la mancata adozione del modello costituirebbe fonte di responsabilità contrattuale per gli amministratori.

⁵⁴ In questo senso GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 611; ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e gestione"*, cit., 463.

⁵⁵ In questo senso ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e gestione"*, cit., 469, il quale nota che "troppa è la distanza intercorrente tra l'essere garanti della corretta attuazione di una procedura volta a minimizzare il rischio di reato e l'essere garanti dell'effettivo impedimento di reati".

talmente ovvia, da collocarsi al limite banale, la considerazione che è del tutto apodittica la sovrapposizione di piani e di ruoli che si produrrebbe scambiando la funzione di vigilanza sul corretto assetto di un modello prevenzionale con quella, ben differente, del dovere impedire la commissione di reati, atteso che – come si è già illustrato – all'OdV non aspettano poteri di intervento diretto sui destinatari del modello organizzativo, volti ad impedire la commissione di reati, ma soltanto poteri di carattere propositivo, informativo, consulenziale e, soprattutto, in materia di verifica e controllo del buon funzionamento del modello.

Discorso diverso potrebbe valere, invece, nel caso in cui sia lo stesso modello a prevedere l'esistenza di una posizione di garanzia assegnando esplicitamente all'OdV poteri di intervento, nello specifico con riguardo all'accertamento di una attività criminosa *in itinere*, nell'impossibilità di interloquire tempestivamente con i vertici dell'ente. In questo caso, infatti, sembrerebbe possibile, in teoria, riconoscere l'esistenza di una posizione di garanzia, atteso che, come è noto, l'obbligo impeditivo rilevante ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p. può avere anche fonte negoziale⁵⁶. Questa conclusione, che sul piano formale potrebbe essere giustificata in base a una delega di poteri decisionali all'OdV da parte dell'organo di gestione⁵⁷, presuppone naturalmente una *conditio sine qua non*, vale a dire che all'obbligo impeditivo si accompagni la previsione di specifici e ben individuati poteri riconosciuti a questo fine all'organismo.

Il tema dei poteri impeditivi, peraltro, potrebbe anche non fornire una soluzione definitiva alla questione⁵⁸.

Senza la pretesa di approfondire l'argomento in questa sede, si osserva che secondo una opzione ermeneutica il "garante" va distinto dal mero "sorvegliante" come colui il quale è dotato dei poteri necessari per provvedere in via autonoma alla tutela del bene garantito⁵⁹. Questa

⁵⁶ ALDROVANDI, ult.op. loc. cit.

⁵⁷ In questo senso vedi GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'OdV*, cit. par. 1. E' interessante notare come, secondo alcuni autori, dalla lettura dell'art. 6 comma 4 d. 231, che facoltizza l'organo dirigente a svolgere funzioni di OdV nelle imprese di piccole dimensioni, si ricava che il potere di vigilanza spetta originariamente all'amministratore, in quanto espressione delle attribuzioni di questo organo, il quale lo esercita indirettamente attraverso l'OdV, al quale esso viene normalmente delegato tranne – per l'appunto – nel caso dell'art. 6 comma 4: così, SFAMENI, *Responsabilità amministrativa da reato*, cit., 187.

⁵⁸ Secondo CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 412, in assenza della fonte dell'obbligo risulta superfluo discutere del tema dei poteri impeditivi in capo all'OdV.

⁵⁹ ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e gestione"*, cit., 462; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, 1999, 14; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, 1985, 205. In giurisprudenza, in relazione al disastro aereo di Linate, la Corte di cassazione, ha rilevato che "essenziale al fine di delimitare il confine tra obbligo di garanzia e sorveglianza è il riferimento agli effettivi poteri-doveri impeditivi giuridicamente conferiti all'obligato sull'atto costituente reato. E, cioè, occorrerà distinguere a seconda che si tratti di poteri-doveri realmente impeditivi, direttamente incidenti sull'attività del terzo, autore del reato (...) oppure di poteri-doveri che, pur finalizzati all'impedimento del reato, non prevedano l'intervento diretto dell'obligato sull'atto che lo intera, ma più limitatamente, l'informazione del garante o del titolare del bene sull'attività illecita del terzo" (Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 22614), citata in CENTONZE, *Controlli societari*, cit., nota 114, 166, nonché in TROYER-INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia*, cit., 1275, in cui si aggiunge come anche in materia antinfortunistica i giudici di legittimità abbiano affermato il principio per cui la responsabilità del garante sussiste solo nei limiti degli

interpretazione nega, perciò, la posizione di garante all'OdV in considerazione del fatto che tali poteri non sono rintracciabili nell'ordinamento. Escludendo dai poteri impeditivi del garante *“quei poteri il cui esercizio può produrre solamente un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato, non bastando nemmeno che tale influenza, in casi analoghi, abbia indotto il soggetto controllato ad astenersi dall'illecito”*⁶⁰, si giunge alla conclusione che gli *“autonomi poteri di iniziativa”* dell'OdV non configurano in alcun modo le attribuzioni impeditive caratteristiche del garante⁶¹.

Queste conclusioni non sono però incontrastate. Se è vero, infatti, che nell'affrontare il tema dei poteri impeditivi la dottrina fa leva sul concetto di *“dominio”* e *“signoria”*, per giungere ad affermare che il potere impeditivo sussiste solo ove il garante possieda un effettivo potere di dominio su alcune delle condizioni che generalmente conducono alla produzione dell'evento tipico⁶², è stato altresì precisato che accanto a questi poteri impeditivi diretti vi sono poi quelli di natura indiretta, definibili come quelli in cui l'impedimento dell'evento a cui è obbligato il garante dipende dalla condotta di terze persone⁶³, che risultano normalmente attivabili attraverso procedure⁶⁴. Anche tali poteri, secondo alcuni interpreti, graverebbero sul garante, soprattutto in considerazione del fatto che *“nessun componente di un organo di controllo societario può, in via generale, incidere direttamente e immediatamente sulle scelte gestionali (dell'impresa)”*⁶⁵. Questa posizione è, peraltro, quella adottata da parte della giurisprudenza (non in tema di OdV), la quale ha deciso che affinché un soggetto assuma una posizione di garanzia è necessario, tra l'altro, che sia dotato *“di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero (che gli siano) riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato”*⁶⁶. In quest'ottica, per la posizione di garanzia sarebbero sufficienti poteri impeditivi *“minori”*, *“che possono concretizzarsi anche in obblighi diversi (per es.*

obblighi specificatamente individuati dalla legge e nei limiti dei poteri impeditivi (Cass., Sez. IV, 13 marzo 2008, in *Riv. pen.*, 2008, 9888).

⁶⁰ Così GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608.

⁶¹ LANZI, *La responsabilità penale degli organi sociali di gestione*, in LANZI-FRANCESCHELLI, *La riforma del diritto societario. Profili civili e penali*, 2004, 251; PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia*, cit., 1374; LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo “interno” ed “esterno” sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1310.

⁶² FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 196; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 2004, 383; GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. Pen. proc.*, 1999, 623.

⁶³ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2012, 224.

⁶⁴ NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009, 275.

⁶⁵ Così, CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 169; *contra*, GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608.

⁶⁶ Così, Cass., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 38991; Cass., sez. IV, 15 giugno 2012, n. 38024; nello stesso senso, è stato osservato che *“i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi. Il che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica”*, Cass., Sez. IV, 23 settembre 2013, n. 39158.

di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento"⁶⁷.

Ulteriormente, sul tappeto vi è anche la questione della fonte dei poteri impeditivi, che secondo alcuni potrebbero trovare origine solo nella normativa che delinea il ruolo del garante⁶⁸, mentre a detta di altri potrebbero derivare da qualsiasi situazione giuridica o di fatto, connessa o meno con la propria funzione, con il solo limite dei comportamenti antiggiuridici⁶⁹.

Alla luce di queste considerazioni appare dunque chiaro come imboccando il sentiero interpretativo dei poteri impeditivi non sia possibile escludere in modo netto prospettazioni tese a ritagliare nell'ambito delle funzioni dell'OdV una posizione di garanzia, quanto meno con riguardo ai poteri impeditivi indiretti, posizione che una attenta considerazione della *ratio* del sistema del decreto 231 porta, al contrario, ad escludere.

Come è stato osservato, il rischio che si corre è, altrimenti, quello di ampliare oltremodo la portata applicativa di una norma dai confini necessariamente già fluidi come quella dell'art. 40 comma 2 c.p. nei confronti degli organi di controllo e sorveglianza, con una contraddittorietà di fondo rispetto alle attuali istanze legislative che moltiplicano nuove forme di *governance* dell'impresa anche per evitare il manifestarsi di una risposta penale ipertrofica nella materia societaria⁷⁰.

Un esempio, in questo senso, è fornito dalla similitudine ravvisata da alcuni interpreti tra le funzioni esercitate dalla figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) previste dal d. lgs. 81/2008 in materia di sicurezza sul lavoro e quelle proprie dell'OdV⁷¹. Sulla scorta di questa premessa, è stata proposta una chiave di lettura della possibile responsabilità penale dell'OdV per la commissione dei reati presupposto, analogamente a quanto affermato dalla giurisprudenza con riguardo alla responsabilità dell'RSPP nell'ipotesi di omicidio o lesioni colpose derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica⁷².

Questa interpretazione non può esser condivisa in quanto il confronto delle funzioni, benché suggestivo, è completamente destituito di appigli normativi.

⁶⁷ Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Cass Pen.*, 2011, 101. Sul punto vedi anche INGRASSIA, *La suprema corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁸ CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 335; NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, 286. In giurisprudenza, è stato recentemente osservato che occorre che *"i poteri siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato"*, così, Cass., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁹ Vedi, ad esempio, Cass., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932.

⁷⁰ ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e gestione"*, cit., 468; ALESSANDRI, *Corporate Governance nelle società quotate*, cit., 540 ha osservato in proposito le molteplici modifiche legislative nel settore richiedono una seria riflessione sul ruolo dei garanti per evitare l'incontrollata dilazione della responsabilità penale.

⁷¹ In proposito vedi ANTONETTO, *Il regime*, cit., 83; GARGANI, *Imputazione del reato*, cit., 1067.

⁷² ANTONETTO, cit. 83.

In primo luogo, neppure la giurisprudenza che afferma la responsabilità penale dell'RSPP attribuisce allo stesso il ruolo di garante che, anzi, espressamente esclude⁷³. Si afferma, infatti, che l'RSPP risponde penalmente non *“per il fatto di non avere svolto adeguatamente le proprie funzioni di verifica delle condizioni di sicurezza”*, ma solo quando *“agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura cautelare”*⁷⁴.

In secondo luogo, se la normativa antinfortunistica del d. lgs. 81/08 è obbligatoria e vincolante per i suoi destinatari, altrettanto non può dirsi per il modello ex decreto 231, la cui adozione resta una mera facoltà dell'ente. Del resto, è appena il caso di notare che mentre la normativa antinfortunistica mira direttamente a prevenire gli infortuni e le malattie sviluppate nei luoghi di lavoro e a contrastare le condotte che possono favorire la commissione di reati sul luogo di lavoro, quindi a soddisfare interessi pubblicistici, il modello di organizzazione e gestione ha un rilievo eminentemente privatistico, essendo funzionale ad esimere o ridurre la responsabilità da reato dell'ente. In questo senso, è indubbio come non via sia la possibilità di sovrapporre il sistema di sicurezza sul lavoro approntato dall'ente ai sensi del d. lgs. 81/2008 con il modello organizzativo previsto dal decreto 231. Non è un caso che l'art. 30 comma 1 d. lgs. 81/2008 preveda che il modello organizzativo, per quanto riguarda la materia degli infortuni sul lavoro, debba assicurare un sistema aziendale per tutti gli adempimenti giuridici necessari, vale a dire *“un sistema di procedure volto al controllo di altre procedure già indicate dalla legge”*⁷⁵.

Né rileva, in senso opposto, quanto previsto dal disposto dell'art. 30 commi 3 e 4 d. lgs. 81/2008, in base al quale l'OdV deve provvedere alla verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio di infortuni nei luoghi di lavoro e controllare l'efficace funzionamento del modello organizzativo. Si tratta, infatti, di controlli che gravano sull'OdV non in quanto destinatario di un obbligo di prevenzione degli infortuni in danno dei dipendenti, riservato ai c.d. “debitori di sicurezza” (datore di lavoro, dirigente, preposto), bensì quale depositario di una funzione di controllo sulla attuazione ed efficacia del modello organizzativo che è cosa ben diversa dal sistema di sicurezza e prevenzione degli infortuni sul lavoro, pur potendo il primo fare riferimento al secondo⁷⁶.

Ad ogni modo, una semplice ricognizione dei compiti dell'RSPP chiarisce definitivamente i limiti invalicabili del raffronto con le funzioni dell'OdV. L'art. 33 d. lgs. 81/2008 prevede, infatti, che il servizio di prevenzione e protezione dai rischi professionali individua e valuta i rischi per la sicurezza e

⁷³ Vedi, ad es., Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 2814; Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 1409.

⁷⁴ Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 2814, cit.

⁷⁵ Così, condivisibilmente, TROYER-INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia*, cit., 1276.

⁷⁶ Sul punto vedi BAUDINO-SANTORIELLO, *La responsabilità*, cit., 71.

la salubrità degli ambienti di lavoro; concorre ad elaborare con il datore di lavoro le misure preventive e protettive di cui al documento di valutazione dei rischi ex art. 28; partecipa alla elaborazione delle procedure di sicurezza per le varie attività aziendali, a proporre i programmi di informazione e formazione dei lavoratori e partecipa alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nonché alla riunione periodica di cui all'articolo 35 sullo stato della sicurezza sul lavoro in azienda. Come è agevole notare, si tratta di attività rispetto alle quali l'OdV non ha nessuna competenza e/o preparazione specifica⁷⁷. La centralità e la delicatezza della figura dell'RSPP nella sistematica antinfortunistica, agli antipodi dell'OdV, è testimoniata anche dal fatto che la sua individuazione compete esclusivamente al datore di lavoro e che la mancata nomina costituisce reato ai sensi dell'art. 55 comma 1 lett. b) d. lgs. 81/2008.

In conclusione, non sembrerebbe dunque possibile ipotizzare l'insorgenza di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV nel caso di omicidio o lesioni colpose sulla base dei principi applicati dagli interpreti rispetto al ruolo dell'RSPP.

Discorso diverso potrebbe essere quello di una eventuale responsabilità dell'OdV ai sensi dell'art. 113 c.p. qualora risulti che l'OdV non abbia portato all'attenzione degli amministratori comportamenti illeciti di cui è venuto a conoscenza e questo abbia agevolato la commissione dei reati di cui agli artt. 589 o 590 c.p.. Non essendo questa la sede per l'approfondimento di un tema così complesso, ci si limiterà a osservare come pur non potendosi escludere in astratto una conclusione di questo genere, va comunque debitamente considerato che atteso il carattere fluido della norma sulla cooperazione colposa, l'eventuale giudizio di accertamento di responsabilità penale dell'OdV dovrebbe essere l'approdo di un accertamento rigoroso e complesso, che dia conto di una situazione di fatto in cui *“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, come si è accennato, sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche”*⁷⁸.

⁷⁷ Rilevano TROYER-INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia*, cit., 1276, che l'RSPP “*deve possedere delle specifiche cognizioni e capacità professionali – ex art. 32 d.lgs. n. 81/2008 “adeguate alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relative alle attività lavorative” che non sono richieste ai membri dell'OdV*”.

⁷⁸ Il passaggio è ripreso da Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786. Nell'esaminare i confini applicativi dell'art. 113 c.p. la pronuncia in esame osserva che “*le preoccupazioni di eccessiva estensione della fattispecie di cooperazione connesse alla mera consapevolezza dell'altrui condotta concorrente non sono certo prive di peso. Esse pare possano essere arginate solo individuando con rigore, sul piano fenomenico, le condotte che si pongono tra loro 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, come è accennato, sebbene*

E' appena il caso di notare, infine, che nessun problema si pone, invece, rispetto alla responsabilità penale dei componenti dell'OdV ai sensi dell'art. 110 c.p. qualora si accerti che essi si siano volontariamente disimpegnati dai loro compiti di vigilanza, così da favorire intenzionalmente la condotta delittuosa dei soggetti controllati⁷⁹, eventualmente anche attraverso una attività deliberatamente volta ad omettere di porre rimedio a evidenti carenze nelle sequenze dei controlli.

4. Organismo di vigilanza e gruppo di imprese.

Come è noto, il decreto 231 non disciplina in alcun modo il fenomeno del gruppo di imprese, nonostante gli artt. 2497 - 2497 *septies* del codice civile regolamentino e diano rilievo all'attività del gruppo rispetto alle società che lo compongono. Questo fatto ha generato naturalmente numerosi problemi interpretativi, alcuni dei quali saranno sommariamente esaminati in questa sede, riguardando l'OdV⁸⁰.

Il punto dal quale l'analisi deve prendere le mosse è, certamente, quello dell'interesse di gruppo. Come è stato, infatti, correttamente osservato, *“non è infrequente registrare in giurisprudenza la propensione a concepire la capogruppo come destinataria di poteri di controllo anche nell'ambito della prevenzione del rischio penale, così da configurare un illecito per colpa organizzativa della stessa anche quando il reato è commesso all'interno della controllata nell'interesse della*

*atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche. In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame ed 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 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 autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa. Il fenomeno della cooperazione colposa è così delimitato entro confini ben delineati, coincidenti con i settori nei quali il coinvolgimento di più persone discende dalla legge, da esigenze organizzative relative alla gestione del rischio, oppure da circostanze contingenti ma comunque oggettive, e sempre che via sia la consapevolezza in capo al compartecipe che la propria condotta accede a quella di altri. In questa situazione, l'intersezione delle varie condotte estende il novero degli obblighi cautelari, e pone il dovere di ciascun agente di relazionarsi e preoccuparsi anche della condotta degli altri soggetti che intervengono nella stessa situazione: la violazione di tale obbligo rende colpose condotte che tali non sarebbero alla stregua della fattispecie incriminatrice”. Si esprimono in termini dubitativi sulla possibilità per i membri dell'OdV di rispondere ai sensi dell'art. 113 c.p. GIAVAZZI, *Poteri e autonomia*, cit., par.1, nonché BAUDINO- SANTIORIELLO, *La responsabilità*, cit., 72.*

⁷⁹ BAUDINO-SANTORIELLO, cit., 70, 75. Secondo i due autori il novero delle fattispecie di cui i componenti dell'OdV potrebbero essere protagonisti è ridotto, considerata la loro posizione all'interno della società non funzionale alla sua gestione. Nello specifico, si osserva che i membri dell'organismo possono essere chiamati a rispondere per un difetto di vigilanza non dolosamente preordinato a favorire gli autori del reato solo in relazione alle fattispecie di omessa comunicazione di dati prevista dall'art. 52 del decreto 231/2007 in materia di antiriciclaggio, ma non di altre fattispecie presupposto della responsabilità da reato dell'ente quali corruzione e concussione, omicidio o lesioni come conseguenza della violazione di norme antinfortunistiche, reati societari, reati comuni previsti dall'art. 24 d. lgs. 231/2001.

⁸⁰ Secondo FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, 2003, 255, si tratta di una lacuna difficilmente colmabile in via interpretativa. Nello stesso senso, SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, 2006, 127. Sulla questione dei rapporti tra d. lgs. 231 e gruppo di imprese vedi anche AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2007, 1287; BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance*, cit., 268 ss..

controllante e quindi del gruppo”⁸¹. L'estensione della responsabilità amministrativa ai gruppi di imprese attraverso l'elaborazione del concetto di interesse di gruppo è operazione stretta, da un lato, tra l'esigenza di evitare una incontrollata dilatazione della responsabilità personale in materia di *governance* societaria, in ossequio all'osservanza del principio di legalità e, dall'altro, dalla necessità di prevenire e reprimere i fenomeni di natura criminosa che possono manifestarsi in maniera più insidiosa e pericolosa nell'ambito di una strutturazione societaria di gruppo⁸².

La giurisprudenza ha più volte affermato la possibilità di estendere la responsabilità amministrativa a società del gruppo diversa da quella in cui opera l'agente autore del reato presupposto qualora si accerti che egli ha agito nell'interesse del gruppo. Si è, così, osservato che *“in presenza di gruppi d'impresa, il perseguire l'interesse di gruppo attraverso la commissione di un reato, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell'integrazione dei criteri d'imputazione oggettiva della responsabilità”*⁸³, aggiungendosi che *“la società controllante che agisca in ausilio di altra società del gruppo non soddisfa un interesse altrui, bensì realizza un proprio interesse (come) è stato espressamente preso in considerazione nella legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali ed ha determinato l'inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497 ter e 2497 c.c.”*⁸⁴. In altra vicenda, in cui è stata confermata la responsabilità della società capogruppo per un reato commesso nell'ambito della attività di una controllata, è stato ancora chiarito che l'interesse o il vantaggio di cui all'art. 5 quale titolo di responsabilità *“è individuabile anche all'interno di un gruppo di società; potendo la società capogruppo rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata laddove il soggetto agente abbia*

⁸¹ AMODIO, *Rischio penale di impresa*, cit., 1290, corsivi aggiunti; in argomento, vedi anche MASUCCI, *Vantaggio del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 915.

⁸² Sull'interesse di gruppo vedi BONAZZA *Gruppi societari e vantaggi compensativi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 24, 2005; PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, n. 1, 2006; CORATELLA, *L'estensione del legame funzionale tra autore del reato e ente nei gruppi di impresa*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, n. 3, 2010; CERQUA, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, n. 2, 2006, ha osservato che la responsabilità amministrativa di gruppo nasce dalla teoria del super-ente, secondo cui, qualora il soggetto che ha commesso il reato abbia agito nell'interesse di tutto il gruppo, sarà configurabile una responsabilità amministrativa del gruppo stesso e, per esso, della capogruppo; nello stesso senso, SANTORIELLO, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del D. Lgs. 231/01*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, n. 4, 2007.

⁸³ GIP Tribunale di Milano, 26 febbraio 2007. Nel provvedimento si aggiunge, quanto alle ragioni giustificatrici fondanti l'interesse gruppo, che *“non mancano, peraltro, interpretazioni dell'art. 5 d.lgs. 231/2001 tendenti ad estendere la rilevanza del concetto di interesse fino a ricomprendervi quella di “interesse di gruppo”, facenti leva ora sul riferimento tra i soggetti capaci di impegnare la responsabilità dell'ente, al soggetto posto al vertice di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, quale potrebbe essere considerata il “vertice” della società controllata, ora sulla possibilità di considerare i vertici della società controllante come soggetti che esercitano di fatto la gestione ed il controllo dell'ente, idonei ex art. 5 ad impegnare la responsabilità dell'ente”*.□

⁸⁴ GIP Tribunale di Milano, 20 settembre 2004.

*perseguito anche un interesse riconducibile alla prima*⁸⁵. □ □ Ancora, in un altro caso in cui si contestava, sempre alla capogruppo, la responsabilità per reati commessi dalla controllata, si è ulteriormente precisato che la responsabilità di della capogruppo per il reato commesso dalla controllata presuppone che quest'ultima riceva dal reato “*una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale*”⁸⁶. Infine, in una ulteriore fattispecie, in cui l'imputazione attingeva l'amministratore della *holding*, accusato di avere corrotto pubblici funzionari per far ottenere il rinnovo di un appalto alla società controllata, il Tribunale di Milano, in sede di riesame, ha deciso che la responsabilità amministrativa può scontare anche un interesse misto, nel caso di specie ravvisato nell'utilità derivante dal contratto per la controllata e per la capogruppo nell'incremento degli utili derivanti dalla partecipazione nella controllata⁸⁷.

A fronte di questo quadro interpretativo, nel quale si ritiene possibile a livello di gruppo sia una risalita della responsabilità amministrativa dal basso verso l'alto che viceversa, assume ovviamente una grande importanza il tema del rapporto dei controlli sui modelli delle varie società costituenti il gruppo di imprese.

In tale prospettiva, una prima considerazione da fare è che l'esistenza di un gruppo, votato al perseguimento di obiettivi e interessi unitari, non fa venir meno l'esigenza che ogni singola società si doti del modello organizzativo, atteso che la politica di prevenzione del rischio da reato grava inequivocabilmente su ogni singola società. Non paiono necessari ulteriori commenti – alla luce di quanto detto – per evidenziare il carattere di vocazione al suicidio che potrebbe assumere una politica imprenditoriale ispirata all'adozione di un modello unitario di gruppo sotto il profilo della responsabilità ai sensi del decreto 231. Al più, come è stato osservato, l'adozione di un modello da parte della *holding* potrebbe fungere da stella polare con riguardo alle indicazioni di principi generali e direttive nella elaborazione dei modelli delle controllate che, comunque, per quanto riguarda la normativa di dettaglio dovranno essere ovviamente ritagliati sulla specifica realtà aziendale di queste ultime⁸⁸.

Correlativamente, e tenuto oltretutto nel dovuto conto che il d. lgs. 231/2001 parla espressamente di un “*organismo dell'ente*” (art. 6 comma 1 lett. b), si deve concludere che ciascuna società è tenuta a dotarsi di un OdV, essendo contrastante con la stessa *ratio* del decreto un sistema di controlli sulla tenuta dei modelli delle società controllate da parte dell'organismo della

⁸⁵ Cass., Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 4324. Nella vicenda oggetto di scrutinio, relativa ad una imputazione ex art. 2637 c.c., l'interesse di gruppo è stato accertato in base alla posizione della società all'interno del gruppo ed al vantaggio che per la stessa ne derivava dall'incremento del valore del titolo emesso dalla capogruppo e oggetto di contestazione.

⁸⁶ Cass., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583.

⁸⁷ Trib. Milano, Sez. XI, 20 dicembre 2004, in *Dir. prat. Soc.*, 2005, VI, 69.

⁸⁸ Sull'argomento vedi PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 5.3; BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance*, cit., 268.

capogruppo⁸⁹. In caso contrario, non solo verrebbero meno i necessari caratteri di indipendenza e autonomia dell'ente, ma sarebbe lo stesso gruppo a fornire la dimostrazione che nel concetto di "ente" andrebbe ricompresa tutta la struttura organizzativa della *holding* attraverso il criterio di collegamento dell'esercizio della funzione di impresa. Di conseguenza, anche la nomina ai singoli OdV compete agli organi gestori delle singole società.

Con riguardo alla nomina dei membri degli OdV ci si è chiesti se sia legittima l'individuazione delle stesse persone nell'ambito degli organismi di più società del gruppo o di qualificati componenti del vertice della capogruppo nell'ambito degli OdV delle controllate. Riguardo al primo quesito non sembrerebbero sussistere problemi di sorta, anche al fine di garantire sinergie positive per garantire l'efficacia e l'economicità degli interventi preventivi e di adeguamento dei modelli⁹⁰. Più difficile, invece, appare la possibilità di fornire una risposta positiva in riferimento al secondo aspetto. E' infatti evidente che nel caso di commistione tra membri degli organi di vertici della controllante e OdV delle controllate si possono riproporre tutte le perplessità già esaminate con riferimento alla sovrapposizione tra organi amministrativi e di vigilanza nell'ambito della medesima società. Ma non solo: in caso contrario, vi è il rischio potenziale che l'attività dell'OdV della controllata possa essere impropriamente utilizzato "*allo scopo di veicolare informazioni interessate verso la holding, così da potere persino strumentalizzare la stessa gestione del rischio reato*"⁹¹.

Diverso profilo problematico, puro emerso dalla prassi applicativa del decreto 231, è quello dell'eventuale coordinamento tra gli OdV appartenenti a società del medesimo gruppo. Se appare, infatti, ragionevole l'esigenza di coordinamento tra gli organismi dei vari enti infragruppo al fine di garantire un controllo più efficace, anche e soprattutto in ragione del fatto che così gli OdV delle controllate possono sfruttare il più robusto *know how* tecnico operativo che spesso caratterizza i sistemi di controllo della controllante, non altrettanto può dirsi con riguardo a prassi per le quali l'OdV della capogruppo venga ad assumere un ruolo gerarchicamente sovraordinato agli omologhi organismi delle singole società. Alla luce di quanto sin qui considerato, un rapporto di questo tipo finirebbe per minare l'autonomia e l'indipendenza dei singoli OdV e rendere, quindi, inefficace la loro attività di controllo e, in ultima analisi, i modelli organizzativi. Del resto, è appena il caso di notare che essendo la società capogruppo generalmente lontana dalla realtà aziendale delle singole imprese del gruppo, l'OdV della *holding* potrebbe incontrare serie difficoltà nel monitorare la tenuta del modello prevenzionistico di tutte le società del gruppo e fornire indicazioni adeguate

⁸⁹ Vedi Gip Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit., nella quale si stigmatizza il fatto che nella vicenda oggetto di procedimento il gruppo di imprese considerato si fosse dotato di un unico OdV in capo alla controllante.

⁹⁰ LECIS, *L'organismo di vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo*, in *Resp. Amm. Soc.*, 2006, f. 2, 49.

⁹¹ PIERGALLINI; *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 5.3.; SCAROINA, *Il problema del gruppo*, cit. 281.

agli altri OdV al fine di proporre una confacente azione di adeguamento del modello o promuovere l'azione disciplinare per la sua inosservanza⁹².

Rimane da considerare una ulteriore questione, relativa al possibile utilizzo delle c.d. "funzioni ausiliarie di gruppo".

Come è noto, i gruppi di imprese sono spesso caratterizzati dalla tendenza a centralizzare presso la Capogruppo alcune funzioni allo scopo di conseguire sinergie e conseguire gli obiettivi unitari. Tra queste funzioni vi è solitamente quelle di Internal Auditing, ditalchè presso la *holding* vengono svolte sia attività di controllo endogene all'ente, sia rivolte alle controllate. Può accadere che questa funzione venga impiegata al servizio degli OdV delle controllate per raggiungere risultati omogenei e conseguire una unità di indirizzo a livello complessivo di *governance* societaria.

Orbene, come è stato osservato⁹³, questo tipo di soluzione può essere ritenuta valida a condizione che detto controllo si svolga rispettando l'autonomia delle controllate, portando a conoscenza degli OdV di queste ultime i risultati delle attività di *audit*. In questo senso, sarebbe opportuno che questo coordinamento venga veicolato attraverso opportuni accorgimenti quali, ad esempio, la previsione contrattuale di specifiche modalità e termini di utilizzo delle risorse allocate presso la capogruppo e la precisazione che i dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, nella effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'Organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

Come sempre, comunque, tenuto conto della importanza della componente dinamica del modello, le soluzioni più adeguate alla soluzione del problema saranno quelle che, rispetto alle particolarità dei casi concreti, siano in grado di soddisfare l'osservanza dei principi generali posti quali capisaldi dalla sistematica del decreto 231⁹⁴.

Infine, merita un rapido cenno la situazione in cui la capogruppo sia una società di diritto straniero mentre le altre società del gruppo si qualificano ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del D. Lgs. n.

⁹² In questo senso AMODIO, *Rischio penale di impresa*, cit., 1289. Sottolinea l'inesistenza di un principio gerarchico tra gli OdV delle varie imprese del gruppo SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 97; analogamente, GIAVAZZI, *Poteri e autonomia*, cit., par. 3.

⁹³ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 5.3..

⁹⁴ Vi sono anche casi particolari che l'ordinamento disciplina in modo autonomo. Ad esempio, le banche di credito cooperativo, alla luce delle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, possono esternalizzare le funzioni di *internal auditing* alle Federazioni locali; in questo caso si ritiene coerente che le funzioni dell'organismo di controllo di cui al decreto possano essere svolte a livello accentrato da quelle Federazioni che dispongano di risorse tecniche e professionali maggiormente adatte allo svolgimento di tale funzione. All'interno di ciascuna banca può essere poi individuato un soggetto responsabile della vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; dovrà essere cura della banca creare un coordinamento e garantire un adeguato flusso informativo tra il soggetto 'interno' indicato come responsabile e la Federazione locale.

231/2001⁹⁵. In questo caso, laddove il modello di organizzazione, gestione e controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, esso potrà ritenersi valido. Nell'ambito di tali requisiti rientra sicuramente anche il sistema di controllo di cui all'OdV, ragione per la quale anche in questo caso ciascuna società del gruppo dovrà essere dotata di un singolo Odv, partecipe delle necessarie caratteristiche di autonomia, indipendenza e professionalità.

5. Efficacia dei modelli organizzativi e controlli dell'Odv.

La valutazione giurisdizionale in ordine alla idoneità ed efficace attuazione del modello organizzativo rappresenta indubbiamente uno dei punti nevralgici dell'intera disciplina in tema di responsabilità da reato dell'ente. Il tema è indissolubilmente incrociato con quello dei controlli dell'OdV, la cui insufficienza o inadeguatezza viene sovente qualificata dagli interpreti come la spia della inefficacia preventiva del modello, tanto più considerato che il regime dei reati commessi dai soggetti apicali prevede l'inversione dell'onere della prova, per cui è l'ente a dovere dimostrare, in una dimensione probatoria significativamente definita "ad imbutum"⁹⁶, di avere effettivamente adottato un modello idoneo a prevenire la commissione dei reati presupposto risultato in concreto inefficace a cagione dell'avvenuto aggiramento fraudolento dei controlli da parte degli agenti. Per la verità, il punto appare ancor più rilevante solo ove si rifletta che secondo la giurisprudenza di merito non vi sarebbe un diverso onere probatorio nei casi previsti dall'art. 6 (reati commessi dagli apicali) rispetto a quelli contemplati dall'art. 7 (reati commessi da subordinati), posto che il controllo del giudice sulla efficacia del modello sarebbe identico in entrambe le ipotesi, riguardando la valutazione del suo contenuto, sotto l'aspetto della idoneità, e della sua attuazione, con riguardo alla sua efficacia⁹⁷.

E' sufficiente esaminare le pronunce *in subiecta materia* per rendersi conto di come in un ambito in cui l'opinione del singolo giudice in merito alla idoneità del modello è destinata a formarsi non tanto sulla base di predeterminati parametri normativi, bensì sulla applicazione di norme di organizzazione aziendale sovente mediate dal sapere del perito⁹⁸, il profilo dei controlli

⁹⁵ Si ricorda che il Tribunale di Milano, Sez. XI, 20 dicembre 2004, cit., ha affermato che una società straniera ha l'obbligo di osservare la legge italiana quando opera in Italia e che l'illecito amministrativo dal quale origina la sua responsabilità è da considerare ivi consumato anche se il modello organizzativo e l'attività di vigilanza si realizzano in territorio estero.

⁹⁶ L'espressione è di AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa*, cit. 323.

⁹⁷ Gip Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007, cit.. Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009 n. 36083, ha ribadito che è l'ente che deve provare di avere adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

⁹⁸ Non è infrequente il ricorso da parte del giudice alla perizia al fine di stabilire l'idoneità del modello secondo una prospettiva eminentemente aziendalistica. In questo senso, vedi Gip Tribunale di Roma, 22 novembre 2002 e 4 aprile 2003, che ha disposto una perizia al fine di valutare in chiave cautelare l'idoneità di modelli organizzativi adottati dalle società di un gruppo dopo la commissione di un reato, nonché Gip Tribunale di Roma. Di recente, una sentenza che ha escluso l'efficacia dei modelli organizzativi per inidoneità di concreto dei controlli, anche se fondati sulla osservanza delle linee guida di Confindustria, richiama il giudice a fare applicazione dei principi generali dell'ordinamento, ai principi della logica e ai

dell'OdV costituisca uno dei presidi sui quali la verifica giurisdizionale resta maggiormente ancorata al dato positivo della legge e meno soggetta all'arbitrio dell'interprete.

In questo senso, si è posta l'attenzione su riscontrate *“evidenti disfunzioni organizzative e da grave inefficacia del sistema dei controlli interni (pur a fronte della presenza di plurimi ed evidenti segnali di anomalia)”* per negare efficacia esimente al modello organizzativo dei cui sistemi di controllo l'ente assumeva l'illegittimo aggiramento. In particolare, nel caso di specie gli accertamenti ispettivi avevano messo in luce una realtà aziendale in cui *“gli imputati hanno approfittato a fini illeciti di una situazione dei presidi interni connotata da diffusi elementi di opacità, dalla assoluta inadeguatezza dei controlli e dalla mancanza di una basilare dialettica interna”*⁹⁹.

Ancora, in un altro caso, è stato invece rilevato un vizio inemendabile del modello nella assenza di procedure specifiche di vigilanza, stigmatizzandosi la circostanza che *“non (fosse) previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati”*, essendosi unicamente illustrata nel modello la previsione di *“predisporre canali di informazione tramite i quali tutti coloro che vengano a conoscenza di eventuali comportamenti illeciti posti in essere all'interno della società ... possano riferire all'organismo di vigilanza”*, senza ulteriori specificazioni¹⁰⁰.

L'inefficacia del modello è stata, ulteriormente, affermata sulla base di procedure di controllo dell'OdV che, pure essendo previste sulla carta, il giudice ha ritenuto di impossibile attuazione pratica a causa della sovrapposizione di ruoli tra controllore e controllato. Nello specifico (caso Thyssen-Krupp), le verifiche alle quali era chiamato l'organismo riguardavano due settori dell'azienda (manutenzione degli impianti e organizzazione del servizio di emergenza) di competenza di un'Area il cui responsabile faceva parte dell'OdV¹⁰¹.

Più di recente (vicenda Impregilo), i giudici di legittimità hanno affrontato un caso di agiotaggio nel quale i giudici di merito, sia in primo sia in secondo grado¹⁰², avevano ritenuto provata l'efficacia esimente del modello organizzativo in base alla considerazione che alcuni dati in ipotesi manipolati dagli organi di vertice in un comunicato stampa di un ente al fine di renderli soddisfacenti per il mercato, sarebbero stati frutto di una palese violazione dei canoni di condotta stabiliti dalla società in base al codice di autodisciplina di Borsa italiana S.p.A. (quindi in accordo con le linee guide di Confindustria), quindi di una condotta fraudolenta ai sensi dell'art. 6 d. lgs.

portati della comune esperienza, vale a dire a criteri del tutto evanescenti: Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, consultabile in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

⁹⁹ Gip Tribunale di Milano, 03 gennaio 2011.

¹⁰⁰ Gip Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, cit.

¹⁰¹ I Corte di assise di appello di Torino, 28 febbraio 2013, cit.

¹⁰² Gip Tribunale di Milano, 17.11.2009; Corte di appello di Milano, 21 marzo 2012.

231/2001 ai danni degli altri protagonisti della procedura violata, interni all'ente medesimo.

Nell'annullare la sentenza di assoluzione dell'ente, la Corte di cassazione ha fatto leva su un asserito difetto genetico di vigilanza nelle procedure di controllo, osservando che i controlli dell'OdV non devono essere cartolari ma effettivi e *“la non subordinazione del controllante al controllato”*, evenienza che nel caso considerato non poteva ritenersi accertata dal momento che non sarebbe chiaro se prima della diffusione del comunicato definitivo incombesse o meno sugli amministratori il dovere di sottoporre all'organo di controllo le modificazioni apportate al testo del documento. In quest'ottica, la sentenza ha affermato che *“se all'organo di controllo non fosse nemmeno concesso di esprimere una dissenting opinion sul prodotto finito (rendendo in tal modo 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 comunicazione del reato (di) aggraviato”*¹⁰³. L'aspetto dei controlli riveste, dunque, un rilievo centrale nell'economia dell'accertamento sull'efficacia del modello che, secondo la Cassazione, deve essere esclusa quando sia constatata la carenza degli stessi, atteso che detta lacuna esclude la possibilità per il giudice di ravvisare l'esistenza di condotte fraudolente volte ad aggirare il sistema preventivo del modello.

Per quanto il principio di diritto affermato possa essere condiviso, deve essere comunque chiaro che l'attribuzione di poteri di vigilanza all'OdV e l'esigenza di una sua “non subordinazione” ai controllati non potrebbe mai giungere al punto da consentire a quest'ultimo di sovrapporsi agli organi amministrativi, quasi a realizzare un'opera di supervisione sui vertici dell'ente con riguardo all'esercizio dell'impresa. Se, infatti, l'attività dell'organismo può sostanziarsi anche in controlli di secondo grado (realizzati attraverso scambi informativi con la struttura aziendale, coi preposti al controllo interno, con il comitato *audit* nonché con il collegio sindacale), è indubbio che esso non sia investito di un potere di intervento trasversale a tutti i settori e le funzioni di impresa che potrebbero essere interessate alla commissione dei reati 231¹⁰⁴.

Ricollegandoci a quanto detto in precedenza circa l'inesistenza di una posizione di garanzia dell'OdV¹⁰⁵, sembra inoltre alquanto complesso ipotizzare un dovere immanente dell'OdV di intervenire per lanciare “segnali di allarme” sostituendosi agli amministratori, come preteso dalla Cassazione, tenuto anche in debito conto che il sistema di *reporting* del modello 231, in

¹⁰³ Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, cit.

¹⁰⁴ Sul punto, vedi MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. Comm.*, 2009, 4, 650.

¹⁰⁵ Vedi *supra*, par. 3.

ultima analisi, è destinato a far confluire i dati dell'attività di vigilanza in capo proprio a quei soggetti che sono destinatari del controllo¹⁰⁶.

Allo stato attuale della giurisprudenza non sembra dubbio, quindi, che l'esistenza di un rapporto di immedesimazione tra vertici della società ed ente fondi nella visione giurisprudenziale un modello di responsabilità di tipo obiettivo,¹⁰⁷ nel caso dei reati commessi dai soggetti apicali, nel quale la regola di giudizio ex art. 66 decreto 231, secondo cui il giudice del dibattimento esclude la responsabilità dell'ente anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo, viene intesa solo ove dubbia risulti l'esistenza di un interesse o vantaggio della società¹⁰⁸ e non, invece, quando l'incertezza riguardi l'adozione di una corretta ed efficace azione di vigilanza sui modelli.

Peraltro, l'attività di controllo esercitata dall'OdV può spiegare un impatto determinante non solo nel momento valutativo del modello ad opera del giudice, ma anche nella prospettiva inquirente del pubblico ministero, potendo essere utilizzata anche ai fini investigativi. Il tema, alquanto, complesso, non può essere certamente affrontato in questa sede. Basterà qui ricordare alcune problematiche emerse dalla prassi¹⁰⁹.

Una prima questione attiene il dovere di collaborazione dell'OdV nelle indagini penali. Se appare scontato che la società non ha obbligo di collaborare con l'autorità giudiziaria, per il principio del *nemo tenetur se detegere*, potendo godere dei diritti riconosciuti all'imputato ex art. 35 d. lgs. 231, un analogo discorso potrebbe non apparire così scontato con riguardo all'organismo di vigilanza, che ha il compito di vigilare su un modello il cui scopo è quello di evitare la commissione di reati. E' comunque innegabile che nelle intenzioni originarie del legislatore la rilevanza dell'OdV avrebbe dovuto rimanere confinata nell'ambito di un rapporto endogeno con l'ente¹¹⁰.

Discorso diverso è quello relativo a una valutazione opportunistica da parte dell'ente di collaborare con la magistratura, eventualmente al fine di scongiurare l'applicazione di misure interdittive o ottenere benefici in sede di commisurazione della pena. In questo caso l'OdV potrebbe essere coinvolto non solo per fornire collaborazione allo sviluppo degli accertamenti interni all'ente,

¹⁰⁶ Su punto vedi SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggravi ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del D. lgs. N. 231/01: un'interessante pronuncia della cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁷ PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, 48; la sentenza della Cassazione da ultimo citata (18 dicembre 2013, n. 4677) ritiene, invece, che si tratti di una responsabilità di carattere normativo.

¹⁰⁸ Si veda, ad esempio, in questo senso, Gip Tribunale di Gorizia, 22 luglio 2013, in www.olympus.uniurb.it, che ha respinto la richiesta di applicazione della misura interdittiva nei confronti di svariati enti in relazione al reato di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di truffe aggravate ai danni dello Stato, non essendo stata sufficientemente dimostrata la consistenza dell'incremento patrimoniale conseguito da ciascun ente per effetto della commissione dei reati contestati.

¹⁰⁹ Su tali questioni vedi, diffusamente, GIAVAZZI, *Poteri e autonomia*, cit.; CALLERI, *Spunti penalistici*, cit..

¹¹⁰ La situazione si è modificata per effetto della introduzione dell'obbligo di comunicazione all'esterno imposto direttamente dall'OdV dalla normativa anticiclaggio e indirettamente dal Codice Antimafia per le imprese nonché, in ambito regionale, dalla delibera della Giunta Lombardia IX/3856 del 2012 in ambito sanitario.

(dovendosi ritenere in questo caso necessitato il coinvolgimento dell'OdV anche al fine di mettere in atto gli adeguati rimedi e proporre le sanzioni disciplinari del caso), ma anche per fungere da ausilio alle indagini della Procura.

L'apertura di un procedimento penale per i fatti oggetto di accertamento da parte dell'OdV, beninteso nell'ambito dei suoi compiti interni rivolti alla efficace attuazione del modello, può portare alla acquisizione *ex officio* da parte dell'organo inquirente dei risultati dell'attività istruttoria dell'OdV (*report*, eventuali verbali di interviste, etc.) essendo in questo caso la divulgazione attività legittima sotto il profilo della *privacy*, ai sensi di quanto previsto dall'art. 25 d. lgs. 196/2003. Ciò potrebbe determinare il sorgere di un conflitto tra attività dell'OdV, interesse dell'ente e delle persone fisiche oggetto di vigilanza, per evitare il quale si potrebbe pensare alla opposizione del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. da parte dell'organismo ovvero a particolari accorgimenti da seguire da parte dell'OdV nelle interviste delle persone coinvolte nel reato, da effettuare esclusivamente con riguardo all'aspetto della mancata applicazione del modello e non in riferimento alla commissione del fatto di reato.