

Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza in caso di omesso o insufficiente controllo?

di **Enrico Napoletano**

Sommario: 1. Premessa. – 2. La natura della responsabilità. – 3. La posizione di garanzia: obbligo giuridico di attivazione e potere impeditivo del reato. – 4. Condizioni ostative alla configurabilità della responsabilità omissiva. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Il problema che sorge sul terreno della responsabilità delle persone giuridiche (D. Lgs. 8/06/2001 n. 231)¹ è stabilire se e in presenza di quali

¹ La letteratura sulla responsabilità amministrativa degli enti è oggi particolarmente fiorente. A tal proposito, si veda, tra le opere enciclopediche, FIORELLA, Responsabilità da reato degli enti collettivi, in CASSESE (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, vol. V, 2006, 5104.

Tra le opere di carattere generale, invece, FIANDACA-MUSCO, Diritto penale - parte generale, VI ed., Bologna, 2010, 164; MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale - parte generale, III ed., 2009, 141; MANTOVANI, Diritto penale, V ed., 2007, 110, 114. Nei trattati, si veda, DE VERO, Trattato di diritto penale - Parte generale - La responsabilità penale delle persone giuridiche, vol. IV, Milano, 2008; ID., Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 1126; CONTI (diretto da GALGANO), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia - Il diritto penale dell'impresa, vol. XXV, 2001, 859.

Si veda, inoltre, PALIERO (a cura di), Commentario breve alle leggi penali complementari, Padova, 2007; PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, La responsabilità degli enti — Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2008.

Nella letteratura monografica, invece, si segnala LATTANZI, Reati e responsabilità degli enti - Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, II ed, Milano, 2010; MAZZACUVA-AMATI, Diritto penale dell'economia — problemi e casi, 2010, 61; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, Diritto penale dell'impresa, II ed., 2009, 35; SANTORIELLO (a cura di), La disciplina penale dell'economia — fisco, banche, responsabilità penale delle società, 2008, 281; GIARDA, Responsabilità "penale" delle persone giuridiche: decreto legislativo 8 giugno 2001, edizione 231, Wolters Kluwer Italia, 2007; A.A.V.v., I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti, Milano, 2005; GIUNTA, La punizione degli enti collettivi: una novità attesa, in A.A.V.v., La responsabilità degli enti: un nuovo modello di «giustizia punitiva» — a cura di De Francesco — Torino, 2004, 35.

Si vedano pure i saggi di: Musco, A proposito della responsabilità amministrativa degli enti, in jus17@unibo.it, n. 1, 2008, 335; ID., I nuovi reati societari, Milano, 2007; ID., Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, in Giusto proc., 2002, 117; ID., La società per azioni nella disciplina penalistica, in Trattato delle società per azioni, diretto da COLOMBO e PORTALE, voi. IX, torno I, 1994; MARINUCCI, La responsabilità penale delle persone giuridiche,

condizioni i componenti dell'Organismo di Vigilanza, deputati al controllo sul funzionamento e l'osservanza del Modello di organizzazione, gestione e controllo, possono essere chiamati a rispondere, a titolo di concorso, per non aver impedito il compimento di un reato commesso da un organo della controllata *nell'interesse* o a *vantaggio* della stessa. La questione non è di poco conto in quanto nell'ultimo decennio, ormai, dottrina² e giurisprudenza³ tendono ad estendere l'area di illiceità penale – insieme ai presunti autori degli illeciti – anche ai controllori: ricorrendo allo schema della responsabilità per *omesso impedimento dell'evento* ex art. 40 cpv. c.p., viene loro mosso un rimprovero per non essere intervenuti ad impedire, pur potendo, che il soggetto da loro controllato commettesse un reato.

2. La natura della responsabilità.

La questione della responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza (OdV) per «omessa o insufficiente vigilanza» (art. 6, c. 1, lett. d) d.lgs. n. 231/01) sembra riconducibile nello schema del *reato omissivo* ed in

in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 445; CARMONA, La responsabilità amministrativa degli enti: reati presupposto e Modelli Organizzativi, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2006, 199; ID., La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2003, 995; DE FRANCESCO, Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?, in Dir. pen. proc., 2005, f. 6, 753; Id. (a cura di), La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva, Torino, 2004; Id., La responsabilità della *societas*: un crocevia di problematiche per un nuovo «modello» repressive, in Leg. pen., 2003, 372; ID., Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute della politica criminale, in Dir. pen. proc., 2003, f. 8, 929; ALESSANDRI, Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002, 33; ID., Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari, in Giur. comm., 2002, 544; ID., Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina, in La responsabilità amministrativa degli enti, Milano, 2002; PALIERO, Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano, in Riv. trim. pen. ec., 1996, 1173.

² Al riguardo, si veda CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in Dir. pen. proc., n. 6, 2010; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, 2009, 397; ID., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in Cass. pen., 2008, 109; ID., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in Riv. Soc., 2007, n. 4, 722; CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in Riv. It. dir. proc. pen., 1999, 1147; FIMIANI, *Organismo di vigilanza "231" ed ambiente*, in Rifiuti Bollettino di informazione normativa, n. 276, 10/2019; STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 562.

³ Così, Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 665, AMATO (c.d. BIPOP-CARIRE), in Cass. pen., 2008, 103, con nota di CENTONZE, e in Società, 2008, 899, con nota di PULITANÒ; cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2006, BEVILACQUA, in Ced Cass., rv. 234607; Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2006, MARTONE, in Ced Cass., rv. 236630; Cass. pen., Sez. fer., 31 agosto 1993, MINELLI, in Cass. pen., 1994, 716; Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 1991, CULTRERA, in Cass. pen., 1991, 1849.

particolare nel *concorso per omissione* nello specifico reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'Ente.

Allo stesso modo di quanto avviene oggi per gli Amministratori e i Sindaci – il cui obbligo giuridico di impedimento viene rinvenuto rispettivamente negli artt. 2392 e 2403 c.c., per i primi, negli artt. 1393 e 2394 c.c., per i secondi – anche per i componenti dell'Organismo di Vigilanza potrebbe esser mosso un rimprovero perché, ad esempio, essendo venuti a conoscenza che un Amministratore della società sta per commettere un reato, volontariamente abbiano omesso di esercitare i poteri di controllo per impedirne la consumazione.

Per stabilire, allora, se sia possibile ascrivere una responsabilità penale a carico dei componenti dell'OdV occorre verificare se ne esistono tutti i presupposti, a cominciare dalla *posizione di garanzia*, i cui contorni vanno tassativamente precisati, pur ammesso che il decreto legislativo n. 231 del 2001 sia fonte idonea a farla sorgere.

A tal proposito, non può sfuggire come l'addebito di responsabilità che graverebbe a carico dell'Organismo di Vigilanza costituirebbe un'ipotesi del tutto particolare di *reato omissivo improprio*.

In ambito societario⁴, infatti, la *posizione di controllo sulle fonti di pericolo* deve fondarsi sull'esistenza di un *potere giuridico* che ponga gli stessi in condizione di impedire la commissione di reati da parte dei soggetti controllati⁵.

Com'è noto, gli elementi costitutivi di tale peculiare fattispecie omissiva impropria sono la *condotta omissiva di mancato impedimento* e l'*evento non impedito*: evento che, nelle condotte criminose mono-soggettive, è rappresentato dall'evento naturalistico previsto dalla fattispecie commissiva-base; mentre, nelle ipotesi criminose di concorso mediante omissione, dal reato che si aveva l'obbligo giuridico di impedire.

Cosicché per attribuire all'omittente la responsabilità per l'evento occorre accertare che tra l'evento e la condotta omissiva intercorra una connessione: cioè, «*se e in che modo l'eventuale compimento dell'azione dovuta avrebbe inciso sul corso degli accadimenti e, in particolare, se avrebbe evitato la verifica dell'evento lesivo*»⁶.

⁴ Con specifico riguardo all'individuazione dei garanti nelle società commerciali si veda MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale, cit., 204, i quali osservano che in questo settore si «*individuano due fondamentali categorie di doveri di garanzia: a) quelli relativi alla amministrazione dell'impresa, finalizzati alla protezione del patrimonio sociale (obblighi di protezione), nonché b) quelli relativi alla gestione tecnica, operativa e commerciale dell'impresa sociale, finalizzati al controllo delle fonti di pericolo immanenti all'esercizio dell'attività di impresa (obblighi di controllo)*».

⁵ Così, FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, Milano, 1979, 189.

⁶ Così, FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, cit., 600; cfr. MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale, cit., 206 e ss.

Per determinare il nesso di derivazione causale tra l'omissione e l'evento si dovrà emettere, allora, un giudizio ipotetico o prognostico per cui, ipotizzando l'azione doverosa omessa come compiuta, si chiede se, in presenza di essa, l'evento lesivo sarebbe venuto meno. Il giudizio prognostico, però, deve fornire una spiegazione adeguata dell'evento e in questa prospettiva la spiegazione del nesso causale può correttamente effettuarsi soltanto alla stregua di una legge dotata di validità scientifica (c.d. legge generale di copertura), in virtù della quale sia consentito affermare che al verificarsi di certi antecedenti vengono generalmente meno determinate conseguenze: l'omissione, allora, è causa dell'evento quando non può essere mentalmente sostituita dall'azione doverosa, senza che l'evento venga meno. Ai fini della prova giudiziaria della causalità, le Sezioni Unite hanno precisato che si deve guardare non già al coefficiente percentuale più o meno elevato di probabilità desumibile dalla legge generale di copertura; ma ciò che conta è di poter ragionevolmente confidare che la legge statistica in questione trovi applicazione anche nel caso concreto: sicché il rapporto di causalità che deve intercorrere tra l'omissione e l'evento *«non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica»* per cui *«esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, la condotta omissiva è stata condizione «necessaria» dell'evento che, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva; inoltre, non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"»⁷.* Ma perché la causazione e il mancato impedimento dell'evento siano penalmente equivalenti non basta accertare la sussistenza di un nesso di causalità ipotetica tra l'evento stesso e la condotta omissiva ma è necessario un ulteriore elemento che — ai sensi della clausola di equivalenza contenuta

⁷ Così, Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, FRANZESE, in Foro it., 2002, II, 601, con nota di DI GIOVINE; cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 novembre 2000, n. 2123, Di CINTO, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 277, con nota di CENTONZE, Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 289.

nell'art. 40 cpv. c.p. — consiste nella *violazione* di un *obbligo giuridico di impedimento* di un dato evento⁸.

3. La posizione di garanzia: obbligo giuridico di attivazione e potere impeditivo del reato.

Il problema, con riguardo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza, è proprio quello di individuare la sussistenza di una *posizione di garanzia*, dalla quale originino *obblighi giuridici di attivarsi*, la cui violazione consenta l'affermazione della responsabilità penale per *non aver impedito* la *commissione di un reato*: essere titolare di una posizione di garanzia vuol dire avere il *dovere* e il *potere* di attivare gli strumenti necessari a governare le *fonti di rischio* e a impedire il verificarsi di eventi pregiudizievoli per gli interessi tutelati⁹.

I termini della questione ruotano, dunque, attorno alle disposizioni contenute nel decreto, e precisamente all'art. 6, c. 1, lett. b) e c. 2, lett. d), nonché all'art. 7, c. 4, lett. a), e a quelle penalistiche di cui agli artt. 40 cpv. e 110 c.p..

Ed invero, l'art. 6 del decreto legislativo prevede che l'ente collettivo, per godere dell'efficacia esimente della responsabilità, deve – tra l'altro – dimostrare:

- in primo luogo, di aver adottato ed efficacemente attuato un Modello di prevenzione del rischio-reato;
- e,
- in secondo luogo, di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello, nonché di curarne l'aggiornamento, ad un organismo dell'ente che sia dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (art. 6, c. 1, lett. b)).

L'affidamento di questi compiti – e, ovviamente, il corretto ed efficace svolgimento degli stessi – sono presupposti indispensabili per l'esonero dalla responsabilità, sia nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti apicali sia dai soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza.

Il comma 4 dell'art. 7 ribadisce, poi, che l'efficace attuazione del Modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, anche che l'Organismo

⁸ MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale, cit., 409, i quali osservano che «*deve sussistere una posizione di garanzia, cioè in capo ad un soggetto deve sussistere l'obbligo giuridico di impedire la commissione del reato da parte di altri: in assenza di un tale obbligo non c'è partecipazione del reato bensì una mera connivenza — cioè l'inerzia da parte di chi sa che altri sta per commettere o sta commettendo un reato — o un altrettanto irrilevante adesione morale — cioè l'approvazione solo interiore del reato commesso da altri. (...) quanto al contenuto degli obblighi di impedimento, andrà desunto dalle norme giuridiche che fondano l'obbligo di garanzia. (...) in secondo luogo, l'omissione deve essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore: bisogna cioè accertare se l'azione doverosa che si è omesso di compiere avrebbe impedito la realizzazione del fatto concreto da parte dell'autore*»; cfr. FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, cit., 606.

⁹ Così, CENTONZE, Controlli societari e responsabilità penale, 2009, 123.

di Vigilanza esegua una sua verifica periodica sul regolare funzionamento del Modello, nonché propone l'aggiornamento dello stesso ogni qual volta siano «*scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività*» (art. 7, c. 4, lett. a)).

Dalla lettura del combinato disposto delle norme che regolano l'attività e gli obblighi dell'organo di controllo sembra evincersi una posizione di garanzia dell'Organismo di Vigilanza dai tratti del tutto particolari e atipici: questa, infatti – che risiede direttamente nei Modelli e che viene assunta in forza del vincolo contrattuale che lega l'Organismo alla Società¹⁰ – si traduce niente di più che in un mero obbligo di sorveglianza sul funzionamento dei protocolli di prevenzione dei reati-presupposto e sull'osservanza del Modello stesso: inteso in termini di rispondenza delle condotte concretamente seguite nel ciclo produttivo aziendale alle regole e procedure in esso tipizzate.

Ne consegue che se il Modello di organizzazione, gestione e controllo è preordinato a prevenire il rischio-reato, allora l'obbligo di sorveglianza di cui è gravato l'OdV si traduce in un mero obbligo giuridico di ridurre il rischio di commissione degli illeciti amministrativi dipendenti dal reato e non già di impedirne la verifica¹¹.

Sicché, se è vero che l'obbligo di sorveglianza è finalizzato a ridurre il rischio-reato, non è altrettanto vero che questo sia accompagnato da poteri impeditivi del reato tipici della posizione di garanzia *ex art. 40 cpv.* Ed invero, in dottrina si discute sulla natura giuridica dei poteri di iniziativa e controllo¹²

¹⁰ Così, GIUNTA, Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario, in Riv. trini. dir. pen. econ. 2006, 611, il quale osserva come «*il problema dipende dall'inclusione o meno della regolamentazione privata nel novero delle fonti del dovere di agire penalmente rilevante, tale essendo la normativa interna all'ente che dà vita ai modelli organizzativi*».

¹¹ A differenza, invece, del Collegio Sindacale, al quale è affidato il compito di tutelare gli interessi dei terzi, siano essi i soci, i creditori e più in generale di tutti gli *stakeholders*.

¹² Quanto al Collegio Sindacale, la legge attribuisce precisi poteri (art. 2403-bis c.c.) e doveri (art. 2403 c.c.) di attivazione e di intervento sull'operato dei soggetti controllati sia con funzione eminentemente preventiva, al fine di impedire la commissione, da parte degli amministratori, di inadempimenti, di violazioni di legge o comunque pregiudizievoli per la società, per i soci e i terzi; sia con funzione repressiva, al fine di sanzionare i comportamenti illegittimi ed attuarne le conseguenze pregiudizievoli. Invero, l'art. 2403-bis del codice civile (rubricato "poteri del collegio sindacale") prevede che «i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo. Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale. Gli accertamenti eseguiti devono risultare dal libro previsto dall'articolo 2421, primo comma, n. 5). Nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo i sindaci sotto la propria responsabilità ed a proprie spese possono avvalersi di propri dipendenti ed ausiliari che non si trovino in una delle condizioni previste dall'articolo 2399. L'organo amministrativo può rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate».

propri dell'OdV: si tratta, cioè, di stabilire se essi appartengono alla categoria degli *obblighi di garanzia* o degli *obblighi di sorveglianza*¹³.

Mentre i primi gravano su specifiche categorie di soggetti previamente forniti di adeguati poteri giuridici di impedimento degli eventi offensivi di beni altrui, la cui violazione sarebbe idonea a far sorgere in capo ai componenti dell'OdV una responsabilità penale per l'omessa o insufficiente vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello; gli obblighi di attivazione o di sorveglianza, invece, gravano su specifiche categorie di soggetti rispettivamente privi di poteri giuridici impeditivi, ma dotati, per un verso, di poteri di vigilanza sull'altrui attività al fine di scoprire eventuali commissioni di illeciti; e, per altro verso, di poteri di informazione all'organo dirigente — quale garante del bene — sulla situazione di pericolo, la cui violazione non determina alcuna responsabilità penale.

La distinzione non è di poco conto ed è per questa ragione che occorre chiarire cosa si intenda per *potere impeditivo*. Per vero, si considera «potere impeditivo» quello a cui corrisponde un dovere di conformazione: ossia, quel potere il cui esercizio produce un effetto giuridico vincolante sull'attività del soggetto controllato¹⁴. Conseguentemente esulano dalla categoria anzidetta quei poteri c.d. deboli, ossia quelli il cui esercizio produce solamente un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato; a nulla rilevando che tale influenza possa aver indotto il soggetto controllato ad astenersi dall'illecito.

Ciò chiarito, dal dettato normativo del decreto legislativo non sembra rinvenirsi alcuna valida fonte idonea a fondare quella posizione di garanzia che sia corredata dei necessari poteri giuridici di impedimento del reato.

Stando così le cose, allora, l'Organismo di Vigilanza non è tenuto a garantire né che, attraverso la vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello, impedisca la commissione di reati da parte degli amministratori o dai suoi sottoposti; né, tanto meno che il Modello organizzativo – sul cui funzionamento è tenuto a vigilare – sia in grado di reggere alle censure mosse in un eventuale giudizio di responsabilità per l'ente collettivo.

Peraltro, l'assenza di poteri impeditivi è dimostrata ulteriormente dal fatto che l'Organismo di Vigilanza non può neppure modificare, di propria

¹³ Così, MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 342; si vedano ulteriormente sull'argomento, CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 413, il quale osserva che «il legislatore si limita a contemplare, allorquando i componenti dell'organismo siano venuti a conoscenza di talune rilevanti infrazioni al decreto (...), un mero potere/dovere (...) di comunicazione a determinati soggetti, i quali poi, a loro volta, hanno l'*obbligo* (e i necessari poteri) di agire per accertare e impedire il verificarsi di ulteriori ed eventuali illeciti»; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 179 e ss.

¹⁴ PISANI, I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza, cit., 69, il quale riconduce i poteri impeditivi nello schema della potestà.

iniziativa, il modello esistenti. Ciò a dimostrazione che l'OdV assolve niente di meno che ad un compito meramente consultivo dell'organo dirigente al quale spetta il potere di modificare o no il modello¹⁵.

L'attuale sistema dei controlli sociali, allora, risulta così articolato:

- il potere di adottare il Modello di organizzazione, gestione e controllo è attribuito unicamente all'organo dirigente ai sensi dell'art. 2381 c.c.;
- l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza, in termini di efficienza e idoneità, del complessivo assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'azienda – quindi, anche sulle procedure di prevenzione contenute nel Modello – spetta al Collegio Sindacale ai sensi dell'art. 2403 c.c.¹⁶;
- all'Organismo di Vigilanza, invece, spetta unicamente l'obbligo di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello al fine di riferire gli eventuali malfunzionamenti di una procedura o la necessità di un suo aggiornamento, rispettivamente, all'organo dirigente – preposto all'adozione del Modello – e al Collegio Sindacale – quale garante dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo aziendale – affinché questi adottino le misure necessarie.

Pertanto, valorizzando il contenuto di sorveglianza dell'obbligo di cui all'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001, e la carenza di poteri impeditivi, ai fini

¹⁵ Come correttamente osservato da DE VERO, Trattato di diritto penale, cit., 184, sebbene l'art. 6, c. 1, lett. a) «affidi all'organo dirigente il compito primario di adottare tali modelli, sembra strana questa disgiunzione, in capo all'organismo di vigilanza, della funzione di aggiornamento (...). L'apparente sfasatura può essere esclusa se si sottolinea opportunamente che, in materia di aggiornamento, spetta all'organismo di vigilanza solo un potere di proposta, fondato sull'esperienza diretta delle modalità e degli eventuali limiti di implementazione dei protocolli (...); mentre la responsabilità politico-aziendale di attuare tali interventi modificativi resta sempre in capo agli organi dirigenti, allo stesso modo dell'adozione originaria».

¹⁶ Al riguardo, in giurisprudenza, si veda Cass. civ., Sez. I, 11 luglio (11 giugno) 2008, n. 19235, ove si è affermato che «nel contesto della vigilanza sull'osservanza della legge e sul rispetto dei principi di buona amministrazione, il collegio sindacale ha il dovere di monitorare il rispetto delle norme tributarie e previdenziali, dovendo verificare non solo la presenza di personale interno e di consulenti esterni, ma anche il funzionamento di procedure che assicurino la tempestività e la regolarità degli adempimenti»; cfr. Cass. civ., Sez. II, 10 febbraio 2009 (16 dicembre 2008), n. 3251, ove si rileva che «in tema di responsabilità dei sindaci in relazione alla comunicazione di fatti rilevanti nell'esercizio dell'attività di vigilanza l'art. 149, c. 3 del d.lgs. 58/98, limitandosi a chiedere il riscontro della loro irregolarità, da un lato non subordina il sorgere dell'obbligo di comunicazione ad una valutazione discrezionale dei sindaci ed all'accertamento da parte di essi dei requisiti oggettivi e soggettivi di una violazione della legge o dell'atto costitutivo ovvero del mancato rispetto da parte degli organi sociali dei principi di corretta amministrazione o dell'adeguatezza della struttura organizzativa della società, dei quali l'irregolarità rappresenta un sintomo; dall'altro, configurando l'obbligo come un corollario del dovere di vigilanza, esclude che l'omissione della comunicazione possa ritenersi non punibile ove i sindaci non provino che la loro inosservanza dell'obbligo di comunicazione sia dovuta ad un'impossibilità di riscontrare l'irregolarità conseguente a caso fortuito o forza maggiore, giacché la l. n. 689 del 1981, art. 3, pone una presunzione (sia pure relativa) di colpevolezza della condotta».

dell'applicazione dell'art. 40 cpv. c.p., i garanti dei beni giuridici connessi alle violazioni che incardinano la responsabilità dell'ente restano i soggetti responsabili dell'amministrazione e del controllo formale dell'ente stesso.

L'OdV vanta esclusivamente *poteri di sorveglianza e controllo*, cosicché, una volta venuto a conoscenza di operazioni a rischio-reato, questo non può sostituirsi ai soggetti apicali, ma deve unicamente segnalare al vertice aziendale la violazione perché intervenga per bloccare l'illecito¹⁷: spetterà, poi, all'organo dirigente decidere se correre o no il rischio della commissione del reato.

Del resto, l'autonomia e l'indipendenza dell'Organismo di Vigilanza dai vertici aziendali sembra cogliersi proprio in questa sua estraneità alla gestione d'azienda.

La giurisprudenza, da parte sua, fin dalla sua prima pronuncia¹⁸ ha ritenuto che per «*garantire efficienza e funzionalità, l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche*»; cosicché, «*il modello organizzativo può ritenersi efficacemente attuato solo se l'Organismo di Vigilanza abbia autonomia nei poteri di controllo e di iniziativa e se non abbia compiti operativi*»¹⁹. Sul punto, più di recente, il GIP del Tribunale di Napoli, ha ulteriormente precisato la posizione dell'OdV, affermando – su tutto – che «*dispone di autonomi poteri di iniziativa e di controllo e, a tal fine, si dota di proprie regole di funzionamento attraverso l'adozione di un regolamento predisposto dall'organismo medesimo ed approvato dal consiglio di amministrazione; non gli competono poteri di gestione, decisionali, organizzativi di modifica della struttura aziendale, né poteri sanzionatori; si coordina con gli altri organi o funzioni di controllo esistenti nella società, (...); svolge periodica attività ispettiva, secondo le modalità e le scadenze indicate nel Regolamento; accede a tutte le informazioni concernenti le attività a rischio di reato; chiede informazioni o esibizioni di documenti in merito alle attività a rischio di reato a tutto il personale dipendente della società e laddove necessario agli amministratori, al collegio sindacale e alla società di revisione; riceve periodicamente informazioni dai responsabili di funzioni interessate dalle aree a rischio; chiede informazioni agli organismi di vigilanza delle società appartenenti al gruppo; propone l'adozione delle sanzioni disciplinari; coordina, in unione con il Direttore delle risorse umane, la definizione dei programmi di formazione del*

¹⁷ Così, PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., 593.

¹⁸ Tribunale di Roma, Ord., 4 aprile 2003 (dep. 14 aprile 2003), in *Cass. pen.*, 2003, 2803.

¹⁹ Corte assise appello, Torino, 27/05/2013, nel caso di specie, si trattava della TKAST dove divampò l'incendio che causò plurimi omicidi, e dove il modello organizzativo, adottato ex post dopo la commissione dei reati e prima del dibattimento ai fini della circostanza attenuante dell'art. 12 d.lg. 231/2001 non fu ritenuto efficacemente attuato perché l'ODV non era autonomo rispetto all'Organo dirigente della società.

personale; sottopone il modello a verifica periodica e ne propone l'aggiornamento quando siano intervenute violazioni o elusioni delle prescrizioni dello stesso che ne abbiano dimostrato inefficacia ed incoerenza ai fini della prevenzione ovvero quando siano intervenuti mutamenti significativi nel quadro normativo, nell'organizzazione o nell'attività della società; redige semestralmente una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulla attività svolta; informa il presidente del CdA di circostanze e fatti significativi emersi nel corso della propria attività»²⁰.

Sulla stessa linea interpretativa si è espressa anche Confindustria la quale ha osservato che all'OdV sono «devoluti compiti di controllo non in ordine alla realizzazione dei reati ma al funzionamento ed all'osservanza del modello, curandone, altresì, l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento»²¹.

Sulla base di queste indicazioni di fondo va, dunque, affrontata e risolta la questione della responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza: considerato che dal dettato normativo del decreto legislativo n. 231 del 2001 non sembra emerge una posizione di garanzia dalla quale derivi un obbligo giuridico di impedimento del reato, ne consegue che il mancato o insufficiente controllo da parte dell'OdV sul funzionamento e l'osservanza del Modello produce, nei confronti dell'ente, unicamente delle conseguenze di tipo contrattuale²²: ad esempio, lo scioglimento dell'organo per

²⁰ GIP del Tribunale di Napoli, con sentenza del 26 giugno 2016.

²¹ Così, CONFINDUSTRIA, *Codici*, cit., 48, ove si osserva ulteriormente che «l'obbligo d'impedire la realizzazione di reati equivarrebbe ad attribuire compiti e doveri simili a quelli che, nel nostro ordinamento, ha la polizia giudiziaria»; cfr. Mi, *Linee guida*, cit., 23, secondo cui «l'art. 6 nulla dispone circa l'eventuale responsabilità penale dei componenti l'organismo di controllo. Il codice penale prevede una forma di estensione della responsabilità a titolo omissivo per chi, in presenza di un obbligo giuridico, non si sia attivato per impedire il verificarsi dell'evento lesivo (art. 40 cpv. c.p.). Al riguardo, pur dovendosi ritenere che l'organismo abbia compiti limitati a garantire il funzionamento del modello, con esclusione di qualsiasi obbligo di impedimento dei reati che esso mira a prevenire, è opportuno richiamare l'attenzione sui rischi connessi ai casi di dolosa inerzia rispetto a fatti delittuosi derivanti dall'inosservanza del modello di cui l'organismo sia consapevole»; ANCE, *Codice di comportamento delle Imprese di costruzione*, agosto 2008, § 10.6., 17, secondo cui «all'organismo non possono essere attribuiti compiti operativi o poteri decisionali, neppure di tipo impeditivo, relativi allo svolgimento delle attività dell'ente».

²² A sostegno della tesi che esclude una posizione di garanzia — e dunque una responsabilità penale — a carico dei componenti dell'Organismo di Vigilanza giungono DE VERO, *Trattato di diritto penale*, cit., 203, il quale ritiene «azzardato immaginare che obblighi di garanzia di tale pregnanza sul piano penale possano derivare, in via contingente, variabile e disomogenea (...) da protocolli lasciati per intero all'autonomia privata»; Di GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, rilievi critici sui modelli apicali. L'«organismo di controllo»*, in LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti — Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, II ed., Milano, 2010, 108; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 106; PIERGALLINI, *La struttura del modello di organizzazione*, cit., 170; ID., *Societas delinquere et puniri non potest: la*

inadempimento o la revoca di alcuni componenti; fatta salva, però, l'ipotesi di volontaria partecipazione del componente dell'organo di controllo nella condotta criminosa dell'organo, nel qual caso troveranno applicazione le regole generali in tema di concorso di persone nel reato.

Dello stesso avviso la Cassazione che, di recente, ha sollevato «*perplexità circa la configurazione di una responsabilità in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza basata sul non aver loro portato a conoscenza del Consiglio di Amministrazione le asserite manchevolezze*» organizzative; «*le perplexità sono causate da una inevitabile contraddizione nella quale la ricostruzione della vicenda sembra avvilupparsi, poiché, se - seguendo appunto l'ipotesi di accusa - i citati membri dell'Organismo di Vigilanza nulla avevano riferito ai membri del Consiglio di Amministrazione, è ben difficile ipotizzare una responsabilità in capo a questi ultimi per non avere adottato le cautele che le situazioni di pericolo avrebbero richiesto. (...) L'invocata responsabilità cui fa riferimento il ricorso non poteva dunque essere del Consiglio di Amministrazione, i cui compiti non si dilatano sino a decidere se, nell'ambito di una singola operazione di carico di tubi, andasse utilizzata una cesta; e parimenti nemmeno poteva gravare siffatto obbligo sui componenti dell'Organismo di Vigilanza*»²³.

fine tardiva di un dogma, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2002, 593, secondo cui «la funzione di controllo sembra da qualificare, sul piano giuridico, come espressione di un potere di sorveglianza, al quale è estraneo un potere operativo-impeditivo sul piano gestionale»; CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 412, il quale osserva che «dalla lettura del decreto ci si rende in ogni caso evidente che mai il legislatore ha espresso indicazioni in ordine all'eventuale obbligo giuridico dei componenti dell'organismo di impedire i reati presupposto e che i compiti dell'organismo stesso si risolvono nella vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello di organizzazione»; FOGLIA MANZILLO, *Nessun obbligo per l'organo di vigilanza di impedire gli illeciti penali*, in *Dir. prat. Soc.*, 2003, 5, 38, il quale osserva che «poiché l'art. 6 (...) riconosce all'organo di vigilanza sui modelli di organizzazione (...) dell'ente solo il controllo dell'osservanza dei modelli da parte della persona giuridica e non estende tale potere anche al controllo sull'operato dei rappresentati o dipendenti della stessa, appare evidente che, alla luce delle precedenti osservazioni, non è individuabile in capo ai componenti di siffatto organo di vigilanza una specifica posizione di garanzia, in riferimento all'obbligo di impedire reati commessi in violazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo»; GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., 42.

²³ Cass. Pen., Sez. I, (ud. 20 gennaio 2016) 2 maggio 2016, n. 18168, con nota di Roccatagliata L., *C.d.A. e O.d.V. non rispondono per infortuni dipesi dalla organizzazione del lavoro concreto svolto nella singola unità produttiva*, 11/10/2016, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 10 – ISSN 2499-846X.

4. Condizioni ostative alla configurabilità della responsabilità omissiva.

In dottrina, tuttavia, si segnala un orientamento che ritiene l'OdV dotato di autentici poteri impeditivi²⁴.

Secondo questo punto di vista, la posizione di garanzia in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza discenderebbe direttamente dal Modello organizzativo, il quale, considerata la sua peculiare finalità di prevenzione del rischio-reato attribuirebbe, all'atto della nomina dell'OdV, quegli specifici ed effettivi poteri di ingerenza e di interferenza tipici della posizione di garanzia. L'OdV, allora, diverrebbe titolare di poteri di comando e di impedimento nei confronti del potenziale autore dei reati. Sicché, se l'attività dell'OdV è finalizzata alla prevenzione del rischio-reato, il controllo non riguarderebbe soltanto fatti-reato già consumati, ma si rivolgerebbe soprattutto all'impedimento dei reati che incardinano la responsabilità sanzionatoria dell'ente. Con una conseguenza: l'attività di sorveglianza diverrebbe uno strumento rivolto all'impedimento di eventi criminosi nel senso che la rilevazione del deficit nel modello oppure di sintomi di un'operazione elusiva delle relative procedure costituirebbe la premessa per il completo dispiegamento dei poteri impeditivi. L'omessa o insufficiente vigilanza determinerebbe l'insorgere di una responsabilità penale a carico dei componenti dell'OdV per il reato commesso dall'organo o da suoi sottoposti nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Ad ogni modo, quale che sia il contenuto di tale obbligo di sorveglianza, un dato appare comunque incontrovertibile e di ostacolo a quanti continuano a sostenere la configurabilità di una responsabilità penale dei componenti dell'OdV: e cioè che all'Organismo di Vigilanza si muoverebbe un rimprovero per colpa per non aver assunto le iniziative doverose che avrebbe dovuto assumere per impedire il verificarsi del reato-presupposto, a salvaguardia, quindi, dei beni giuridici protetti dalla normativa penale in tema di responsabilità degli enti collettivi.

Ed invero, trattandosi di un addebito di responsabilità riconducibile allo schema del *concorso per omissione nel delitto doloso*, emergono tutte le

²⁴ A sostegno della tesi che riconosce una posizione di garanzia — e dunque una responsabilità penale — a carico dei componenti dell'Organismo di Vigilanza giungono Nisco, *Responsabilità degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 317; GARGANI, *Imputazione del reato degli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irreali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061, 1066; con particolare riferimento, invece, al compito di vigilare sull'osservanza delle norme antiriciclaggio, ai sensi dell'art. 57 d.lgs. n. 231/2007, si segnala un orientamento volto a riconoscere l'ipotesi di una responsabilità penale dell'O.d.V. ex art. 40 cpv. c.p., ANTONETTO, *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1, 2008, 80; ROMOLOTTI, *Prove di ingegneria*, cit., 90.

problematiche in merito all'ammissibilità di una *partecipazione colposa* del componente dell'OdV nel *delitto doloso* dell'organo della società²⁵.

Senonché, contro la possibilità che più partecipi possano essere chiamati a rispondere del medesimo fatto a titoli diversi, sembra sussistere più di un argomento.

Sul versante del concorso, l'art. 110 c.p., presupponendo l'identità del titolo della partecipazione, sembrerebbe legittimare una concezione «unitaria» del concorso criminoso. Se così è, allora, la possibilità di imputare il medesimo fatto a titoli soggettivi diversi sarebbe da escludere perché porterebbe, all'opposto, ad accogliere una concezione del concorso come istituto costituito da una pluralità di reati. Per vero, laddove il legislatore ha voluto riconoscere la possibilità di concorrere nel medesimo reato ma titoli diversi lo ha fatto in maniera espressa dettando un'apposita disciplina: l'art. 116 c.p., infatti, considera quali concorrenti i soggetti che rispondono, rispettivamente, a titolo di dolo e di responsabilità oggettiva. Sicché, da questa previsione espressa di concorso a titoli soggettivi diversi sembra lecito a contrario desumere che il fenomeno della diversità del titolo, lungi dal costituire la regola, rappresenta l'eccezione, pena una indebita forzatura del principio di legalità.

A ciò si aggiunga, ancora, che, per principio fondamentale del nostro ordinamento penalistico, la responsabilità per colpa non è configurabile al di fuori di un'espressa previsione normativa ai sensi dell'art. 42, c. 2 c.p. Regola, questa, che non può subire eccezioni proprio nella sfera del concorso di persone: il legislatore, infatti, ha previsto un'apposita regola per consentire la configurazione della cooperazione nel delitto colposo ai sensi dell'art. 113 c.p., la quale sembra escludere implicitamente la cooperazione colposa nel delitto doloso²⁶. Orientamento, questo, peraltro condiviso dalla giurisprudenza che ritiene non configurabile un concorso colposo nel delitto doloso in quanto, «*richiedendo l'art. 42, c. 2 c.p. un'espressa previsione che manca, (...) l'art. 113 c.p., che parla di cooperazione nel delitto colposo e non già di cooperazione colposa nel delitto, contempla il solo concorso colposo nel delitto colposo*»²⁷.

²⁵ Sul delicato problema del concorso colposo nel delitto doloso, si veda, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, 515; cfr. anche PEDRAZZI, *Corporate governance e posizione di garanzia: nuove prospettive*, in A.A.V.V., *Governo delle imprese e mercato delle regole*, Milano, 2002, II, 1374; SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

²⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, 515; PELISSERO-FIDELBO, *D.lgs. 8.6.2001 n. 231. La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. Pen.*, 2002, 582.

²⁷ Così, Cass. pen., Sez. IV, 11 ottobre 1996, n. 9542, DE SANTIS, in *Ced Cass.*, rv. 206798; *Contro*, Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, CALABRO, in *Ced Cass.*, rv. 242830, per cui «*il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello della cooperazione colposa purché, in entrambi i*

A questo argomento ostativo all'ammissibilità di una responsabilità penale a carico dell'OdV se ne aggiunge un altro sul versante della condotta omissiva penalmente rilevante. A tal proposito si deve rilevare come sia arbitrario – in assenza di specifiche disposizioni normative – assegnare alla clausola dell'equivalenza tra il non impedire e il cagionare un'estensione illimitata nel concorso di persone. Se in presenza di un reato mono-soggettivo la regola generale dell'equivalenza ex 40 cpv. è limitata ai soli reati c.d. causali puri, che attentano ai beni di rango più elevato quali la vita e l'incolumità individuale e pubblica, non si comprende, allora, sulla base di quali criteri si possa, nell'ipotesi di responsabilità concorsuale, giungere fino al punto di includervi anche fattispecie di reato che offendono beni di natura patrimoniale²⁸.

Non v'è dubbio che, sul terreno della responsabilità degli enti, i reati dei quali l'OdV sarebbe chiamato a rispondere per omessa o insufficiente vigilanza sul

casi, il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano presenti gli elementi della colpa, in particolare la finalizzazione della regola cautelare violata alla prevenzione del rischio dell'atto doloso del terzo e la prevedibilità per l'agente dell'atto del terzo»; cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, Pozzi, in Cass. pen., 2008, 4622, con nota di BARALDO; Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2002, CAPECCHI, in Riv. pen., 2003, 107, ove si afferma che «in tema di concorso di persone nel reato, così come deve ritenersi ammissibile il concorso doloso nel reato colposo altrui (quale ipotizzabile nel caso di chi, assecondando e sostenendo l'altrui condotta colposa, si rappresenti ed accetti il possibile verificarsi, in conseguenza di essa, dell'evento tipico del reato, non previsto, invece, dall'autore diretto di detta condotta), deve parimenti ritenersi ammissibile l'ipotesi inversa, costituita dalla cooperazione colposa nel delitto doloso altrui, configurabile qualora, posta in essere da taluno una determinata condotta caratterizzata dall'inosservanza di obblighi dettati dalla comune prudenza e diligenza, oltre che da specifiche disposizioni normative, altri soggetti, nella situazione così creata, abbiano modo di cagionare dolosamente un determinato evento costituente reato».

²⁸ Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 596, i quali osservano che «il campo d'azione della regola dell'equivalenza ex art. 40 cpv. residua in realtà quello dei reati causali puri: cioè di quei reati di evento, la cui carica di disvalore si concentra tutta nella produzione del risultato lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale. Ad un attento esame, l'ambito dei reati di evento caratterizzati dalla mera attitudine causale della condotta tende, prevalentemente, a circoscriversi attorno a due ipotesi tipiche: da un lato, vengono in questione i classici delitti contro la vita e l'incolumità individuale, all'interno dei quali si colloca il delitto di evento per antonomasia (...). Si tratta cioè di fattispecie penali finalizzate alla protezione della persona umana (...) contro le aggressioni ai beni della vita e dell'integrità fisica»; in senso contrario, invece, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 200, i quali osservano che «per espressa ammissione della stessa dottrina tedesca, si tratta di una clausola ambigua, controversa e di scarso rilievo pratico, che comunque non è mai stata invocata — né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza, né tanto meno dal legislatore storico — per negare in radice la possibilità di "convertire" i reati d'evento a forma vincolata in reati omissivi impropri (purché, naturalmente, sussista il primo, e fondamentale, requisito dell'obbligo giuridico di impedire l'evento). Va anzi sottolineato che sia la dottrina sia la giurisprudenza tedesche ammettono pacificamente la possibilità che reati a forma vincolata, quali ad es. l'estorsione, la violenza privata e soprattutto la truffa, vengano realizzati anche attraverso un'omissione».

funzionamento del Modello concernono tutte ipotesi dolose poste a tutela di beni giuridici in prevalenza dal carattere patrimoniale.

Una scelta di questo tipo appare, quindi, priva di razionalità e coerenza ed è giustificabile unicamente con ragioni di politica criminale frutto del soggettivismo più spinto.

Per evitare rischi di questo genere, in giurisprudenza si sta sviluppando un orientamento volto ad inquadrare l'*omesso controllo* nello schema del *dolo eventuale*, che sovente ha contaminato i processi a carico degli organi societari. Sicché, dietro la decisione di non osservare gli obblighi di sorveglianza imposti dalla legge, si potrebbe celare l'atteggiamento psicologico di chi avrebbe consapevolmente accettato il rischio del verificarsi di fatti dannosi che si sarebbero risolti a vantaggio o nell'interesse della società.

Il primo precedente giurisprudenziale lo si è avuto nel noto caso del BANCO AMBROSIANO, dove i giudici milanesi hanno affermato che *«la responsabilità penale per omesso impedimento ha, per indefettibile presupposto, innanzitutto la conoscenza specifica dell'illecito da impedire; non basta che l'amministratore o il sindaco inerte abbia percepito determinati segnali d'allarme, ma occorre anche che li abbia concretamente valutati come indici di specifici fatti-reato, concretamente rappresentati e nulla abbia fatto per impedirne la prevista realizzazione: la mancata acquisizione incolpevole, esclude, in re ipsa, la sussistenza stessa del dolo, sia diretto sia eventuale»*²⁹.

Tale orientamento è oggi ormai invalso nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale, nella nota sentenza BIPOP-CARIRE, ha affermato che affinché possa configurarsi una responsabilità ex 40 cpv. è necessario che *«l'amministratore non esecutivo (...) si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita, e abbia consapevolmente omesso di impedirlo. Non può dunque esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa. La responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento»; spetterà, dunque, all'accusa «dimostrare la presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, per l'amministratore esecutivo»*³⁰.

²⁹ Così, G.I. Tribunale di Milano, 3 luglio 1991, *Rassegna*, in *Riv. soc.*, 1996, 550 con nota di CRESPI; cfr. anche il noto caso Ambrosiano: Tribunale di Milano, 16 aprile 1992, *Rassegna*, in *Riv. soc.*, 1994, 1074 con nota di CRESPI; Corte di Appello di Milano, 10 giugno 1996, *Rassegna*, in *Riv. soc.*, 1998, 274 con nota di CRESPI.

³⁰ Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, cit.; nella vasta giurisprudenza in tema di responsabilità penale degli amministratori si veda Cass. pen., Sez. III, 12 maggio 2010 (21 luglio 2010), n. 28701, in *Cass. pen.*, 12, 2011, 4288; Cass. pen., Sez. V, 10 febbraio 2009,

Se a ciò si aggiunge che l'Organismo di Vigilanza è destinatario di informazioni relative alla prevenzione dei reati, l'individuazione dello standard di diligenza si presterebbe a possibili speculazioni interpretative. Cosicché, nel caso in cui l'OdV dovesse ignorare una specifica segnalazione di un'operazione rischiosa, il soggetto titolare della funzione verserebbe in dolo — quantomeno — eventuale; viceversa, non sarebbe lecito equiparare a tale situazione quella in cui l'organo di controllo non si sia attivato per ottenere informazioni, se non a seguito della verifica di un reato.

CACIPPO, in *Ced Cass.*, rv. 243023; Cass. pen., Sez. V, 29 maggio (28 aprile) 2009, n. 21581, secondo cui «la previsione di cui all'art. 2381 cod. civ. (...) riduce gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega; tuttavia, l'amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40, comma secondo, c.p., per la commissione dell'evento che viene a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvede a impedire. Pertanto, la responsabilità può derivare dalla dimostrazione della presenza di segnali significativi in relazione all'evento illecito nonché del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega»; Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, per cui «ai fini dell'affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito mentre la mancata attivazione di detti soggetti in presenza di tali circostanze determina l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno»; Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, ove si afferma che «ai fini della configurabilità del concorso dell'amministratore di una società in reato commesso da altro amministratore (o da altro esponente societario) per non avere impedito l'evento, è sufficiente che egli si sia rappresentata la probabilità del fatto illecito altrui e, ciò nonostante, abbia persistito nella colpevole inerzia, così accettando il rischio del verificarsi dell'evento pregiudizievole all'ente». Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2007, n. 8260; Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838; Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2006, cit.; Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2006, cit.; Cass. pen., Sez. fer., 31 agosto 1993, cit., secondo cui «possono essere chiamati a rispondere del reato, oltre gli amministratori, anche, per effetto del meccanismo delineato dall'art. 40 cpv. c.p., i componenti del collegio sindacale, ai quali spettano, secondo il catalogo enunciato dall'art. 2403 c.c., poteri di controllo, di vigilanza e di accertamento sull'attività di amministrazione e sul rispetto della legge, nonché obblighi d'intervento per scongiurare il verificarsi di danno al patrimonio sociale, quale quello rinveniente dalla perdita di notevoli capitali impiegati nella realizzazione di una costruzione soggetta a provvedimento di demolizione»; Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 1991, cit., secondo cui «i sindaci non sono indicati quali autori qualificati del reato previsto dall'art. 2629 c.c.; essi, peraltro, possono risponderne a titolo di concorso commissivo od omissivo, in quanto titolari di una funzione di controllo (art. 2403, 2405 e 2407 c.c.) e quindi soggetti obbligati all'impedimento del reato ai sensi dell'art. 40, 2° comma, c.p.».

5. Osservazioni conclusive.

Nonostante gli sforzi della giurisprudenza sull'argomento, si tratta, all'evidenza, di un escamotage volto a rivestire come doloso un comportamento che, invece, costituisce una chiara forma di *agevolazione colposa* di comportamenti criminosi altrui.

Tuttavia, se è vero che i singoli componenti dell'organo di controllo non possono essere chiamati a rispondere penalmente della loro condotta omissiva dalla quale sia derivato il fatto di reato è altrettanto vero che questi possono rispondere civilmente del loro operato nei confronti dell'ente.

Infatti, l'ente collettivo – nell'ipotesi in cui la responsabilità penale sia stata giudizialmente accertata per l'illecito amministrativo dipendente da reato – potrà esperire azioni civili di risarcimento del danno economico subito, in conseguenza di una sentenza di condanna, sia nei confronti dei componenti dell'OdV che, con la propria condotta, abbiano reso possibile la realizzazione dell'evento perché non abbiano vigilato secondo diligenza sull'osservanza dei protocolli di prevenzione; e sia nei confronti dell'autore materiale del reato-presupposto.