

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893 da Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

COMITATO SCIENTIFICO

FERRANDO MANTOVANI

Emerito di diritto penale

GIOVANNI CONSO

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

CORRADO CARNEVALE

Presidente di sezione della Corte di Cassazione

PAOLO DELL'ANNO

Ordinario di diritto amministrativo

ORESTE DOMINIONI

Ordinario di procedura penale

ANGELO GIARDA

Ordinario di procedura penale

FAUSTO GIUNTA

Ordinario di diritto penale

CARLO FEDERICO GROSSO

Ordinario di diritto penale

GIUSEPPE RICCIO

Ordinario di procedura penale

GIORGIO SANTACROCE

Primo Presidente della Corte di Cassazione

VINCENZO SCORDAMAGLIA

Ordinario di diritto penale

GIORGIO SPANGHER

Ordinario di procedura penale

NATALE MARIO DI LUCA

Ordinario di medicina legale

FRANCESCO BRUNO

Ordinario di pedagogia sociale

Direttore Responsabile

PIETRO NOCITA

REDAZIONE: ERCOLE APRILE, Magistrato; GIOVANNI ARIOLLI, Magistrato; GUSTAVO BARBALINARDO, Magistrato; FRANCESCO BUFFA, Magistrato; VITTORIO CORASANITI, Magistrato; DIANA CAMINITI, Magistrato; LUIGI CIAMPOLI, Magistrato; ANTONELLA DE BENEDICTIS, Avvocato; ALESSANDRO DIDI, Ricercatore procedura penale Univ. di Roma "Tor Vergata"; FILIPPO DINACCI, Professore associato procedura penale Univ. di Bergamo; FABIANA FALATO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; ALESSANDRO LEOPIZZI, Magistrato; VANIA MAFFEO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; Dott.ssa ROBERTA MARRONI; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; NITTO FRANCESCO PALMA, Magistrato; CATERINA PAONESSA, Dottore di Ricerca diritto penale Univ. di Firenze; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; Dott.ssa TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Università "Tor Vergata" di Roma; ROBERTO ZANNOTTI, Professore associato diritto penale Univ. LUMSA Roma.

Sede della Rivista: 00195 ROMA - Viale Angelico, 38

E-mail: giustpen@gmail.com

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

On line: www.lagiustiziapenale.org

webmaster e digital edition (ebook): Spolia - info@spolia.it

ISSN 1971 - 4998

I signori abbonati sono pregati di leggere le avvertenze e le condizioni di abbonamento. I signori abbonati sono pregati di effettuare i versamenti direttamente a mezzo del Conto Corrente Postale n. 00725002 o del conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.

L'Amministrazione non risponde dei versamenti effettuati a mezzo di agenti, agenzie librerie o librerie. I cambi di indirizzo non possono avere effetto immediato, ma hanno effetto per la spedizione relativa al fascicolo successivo.

Il ruolo dell'Organismo di vigilanza nell'implementazione dei modelli organizzativi e gestionali nella realtà aziendale

SOMMARIO: 1. L'Organismo di vigilanza nel contesto del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: fisionomia e *modus operandi*. - 2. Le funzioni di vigilanza e di aggiornamento dei modelli organizzativi e gestionali. - 3. Il dato extralegislativo: gli indirizzi prevalenti in tema di nomina, composizione e requisiti dell'Organismo di vigilanza. - 4. La questione della configurabilità di una responsabilità penale per omesso impedimento di reati altrui. - 5. Organismo di vigilanza e gruppi societari.

1. L'Organismo di vigilanza nel contesto del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: fisionomia e *modus operandi*

Com'è noto, la presenza dell'Organismo di vigilanza nella realtà aziendale assume un ruolo centrale per l'implementazione dei modelli organizzativi e gestionali di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La normativa di settore conferisce, invero, a tale organo incombenze tutt'altro che marginali, quali, segnatamente, il compito di "vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli", nonché di "curare il loro aggiornamento" (art. 6, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 231/2001).

Si tratta di attività di non poco conto, posto che, dal loro corretto espletamento può discendere l'esonero di responsabilità dell'ente collettivo, ove siano stati commessi reati nel proprio interesse o vantaggio, tanto dai soggetti c.d. apicali (è esplicito in tal senso l'art. 6, comma 1, lett. *b*, d.lgs. 231/2001), quanto dai soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza (si tratta di un dato pacifico, pur nel silenzio dell'art. 7 d.lgs. n. 231/2001)¹.

Eppure, nonostante la rilevanza delle funzioni affidategli, i tratti somatici dell'Organismo di vigilanza sono delineati in modo alquanto sfumato dal d.lgs. n. 231/2001. Tale scelta legislativa, se, da un lato, è strumentale alla necessaria articolazione "flessibile" dell'Organismo di vigilanza nei diversi contesti societari², dall'altro lato, però, lascia in ombra alcuni aspetti centrali della struttura e del funzionamento dell'organo in esame, la cui disciplina, conseguentemente, va ricercata *aliunde*. La ricostruzione della concreta conformazione e delle modalità operative dell'Organismo di vigilanza, in particolare, non può fare a meno, oltre che delle indicazioni dottrinali, soprattutto dei dati desumibili dalle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria (segnatamente, quelle di Confindustria) e dalle pronunce giurisprudenziali intervenute sul punto,

¹ P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, Ipsoa, 2002, p. 70; G. FORTI, *Introduzione*, in *Esperienze di avvio degli Organismi di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, Quaderno n. 244, Milano, 2008, p. 8-9, consultabile al seguente link http://centridiricerca.unicatt.it/csgp_Esperienze_avvio_organismi_vigilanza.pdf.

per quanto sporadiche e per lo più di merito, nonché, specie negli ultimi tempi, dei dati ricavabili dalle perizie predisposte all'interno di procedimenti penali avviati a carico di società ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

A ben guardare, la normativa che regola la responsabilità da reato dell'ente collettivo si limita ad offrire, al di là della descrizione delle competenze dell'Organismo di vigilanza, su cui si avrà modo di tornare (cfr., *infra*, § 2), informazioni piuttosto sommarie sulla sua fisionomia e sul suo *modus operandi*.

Con riferimento alla fisionomia dell'Organismo di vigilanza, si precisa che tale struttura deve essere costituita all'interno della società. Si esprime in tal senso, sia l'art. 6, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 231/2001, là dove convoglia le funzioni di controllo sui modelli in capo "ad un organismo dell'ente", ma, ancora di più, la relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, che giustifica siffatta scelta con l'esigenza di "garantire la massima effettività del sistema", nonché di "evitare facili manovre volte a preconstituire una patente di legittimità all'operato della *societas* attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente".

A parte tale aspetto, il d.lgs. n. 231/2001, così come di recente novellato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. Legge di stabilità 2012), delinea la concreta articolazione dell'Organismo di vigilanza all'interno delle società di capitali, nonché all'interno degli enti di piccole dimensioni. Nel primo caso, infatti, superando un acceso dibattito dottrinale³, si ammette espressamente la possibilità che le funzioni di tale organo possano essere espletate - a seconda del modello di amministrazione utilizzato - dal collegio sindacale (modello tradizionale), dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione (modello dualistico o monistico) (art. 6, comma 4-*bis*, d.lgs. 231/2001)⁴; nella seconda ipotesi, invece, le modeste dimensioni societarie consentono di investire delle incombenze dell'Organismo di vigilanza eventualmente l'organo dirigente (art. 6, comma 4, d.lgs. n. 231/2001).

Il d.lgs. n. 231/2001 tratteggia, inoltre, pur senza approfondirle, le modalità operative dell'Organismo di vigilanza. A questo riguardo, infatti, si sottolinea che, per il suo corretto funzionamento, detta struttura organizzativa deve essere dotata

di autonomi poteri di iniziativa e controllo (art. 6, comma 1, lett. b, d.lgs. 231/2001), nonché deve essere destinataria di una serie di flussi informativi (art. 6, comma 2, lett. d, d.lgs. 231/2001), strumentali all'assolvimento delle sue funzioni di controllo preventivo rispetto alla possibile violazione della disciplina sulla responsabilità da reato dell'ente collettivo.

2. Le funzioni di vigilanza e di aggiornamento dei modelli organizzativi e gestionali

Passando al piano delle competenze, il d.lgs. n. 231/2001 attribuisce all'Organismo di vigilanza, innanzitutto, la sorveglianza sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo e gestionale adottato dall'ente, da espletarsi in termini di effettività ed adeguatezza⁵.

L'accertamento inerente all'effettività, in particolare, implica il vaglio della corretta traduzione nella realtà aziendale delle modalità comportamentali indicate nel modello. Siffatta attività di controllo, sottende, all'evidenza, un ruolo attivo dell'Organismo di vigilanza, chiamato a svolgere, anche in forma indiretta (ad esempio, attraverso richieste di informazioni ad altri organi aziendali), indagini programmate e "a sorpresa" (si pensi alle verifiche sulle operazioni finanziarie e di tesoreria, sulle rendicontazioni contabili, sul rispetto della normativa antinfortunistica, ecc.)⁶. Un simile ruolo propulsivo dell'Organismo di vigilanza è espressamente riconosciuto dal d.lgs. n. 231/2001 che, difatti, all'art. 6, comma 1, lett. b, menziona i "poteri di iniziativa" di tale organo, con la conseguenza che la sua attività non può appiattirsi sull'operato dell'*internal audit*, né può consistere nello svolgimento di incombenze meramente burocratiche.

Sempre nell'ottica della verifica dell'effettività del modello va considerata l'attività dell'Organismo di vigilanza quale destinatario di flussi informativi⁷. Invero, per poter svolgere adeguatamente il proprio compito di controllo, l'organo in esame deve essere periodicamente informato di quanto avviene in azienda e, segnatamente, deve ricevere report, specie da parte dei soggetti cui compete il controllo in base al modello, a fronte del verificarsi di eventi che potrebbero, anche solo potenzialmente, determinare la responsabilità dell'ente *ex d.lgs. n. 231/2001*; è il caso dell'avvio di procedimenti giudiziari a carico di dirigenti o dipendenti dell'ente, quando concernono reati-presupposto della responsabilità da reato dell'ente collettivo.

Strettamente complementare all'attività anzidetta è poi il compito dell'Organismo di vigilanza di informare, con tempestività, i vertici della società, in modo che essi siano messi nelle condizioni di deliberare eventuali modifiche del modello⁸, soprattutto allorché siano riscontrate violazioni dello stesso, rispetto alle quali, peraltro, l'organo in questione può promuovere l'esercizio dell'azione disciplinare. L'attività anzidetta si rivela funzionale, altresì, alla verifica dell'adeguatezza del modello, ossia alla sua concreta idoneità a prevenire

² C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi, in Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, 2ª ediz., Milano, Giuffrè, 2010, p. 168.

³ Sulla possibilità di includere tra i componenti dell'Organismo di vigilanza anche i membri del collegio sindacale, prima della innovazione introdotta dalla c.d. Legge di stabilità 2012, cfr., in senso favorevole, L. MARTINO, A. DE VIVO, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001: profili generali e principali problematiche applicative*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2005, fasc. 4-5, p. 389; in senso contrario, C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 593; P. BARUFFI, *L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, a cura di A. Alberici, P. Baruffi, M. Ippolito, A. Rittatore Vonwiller, G. Vaciago, Milano, Giuffrè, 2008, p. 377.

⁴ La scelta normativa continua ad essere criticata in dottrina; cfr., *ex plurimis*, M. VIZZARDI, *Osservazioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/01*, in *www.penalecontemporaneo.it*; M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, fasc. 1, p. 123 ss.; P. VERNERO, A. DE SANCTIS, *Il Collegio sindacale quale Organismo di vigilanza: la ridefinizione legislativa dei requisiti di indipendenza, professionalità e continuità di azione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, fasc. 2, p. 145 ss.

⁵ F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, fasc. 3, p. 193.

⁶ Per un'analisi di tali aspetti operativi, cfr. M. IPPOLITO, *I compiti dell'Organismo di Vigilanza: soluzioni operative e check list di controllo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, fasc. 4, p. 225 ss., nonché F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 193 ss.

⁷ M. MALAVASI, *La regolamentazione dei flussi informativi nel Modello ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, fasc. 1, p. 85 ss.

⁸ App. Milano, sez. II, 18 giugno 2012, in *www.rivista231.it*.

il verificarsi del rischio-reato di cui al d.lgs. n. 231/2001. È proprio in quest'ottica, infatti, che l'Organismo di vigilanza dovrà promuovere l'aggiornamento del modello, la cui effettiva attuazione, tuttavia, al pari dell'adozione originaria, grava in via esclusiva sugli organi dirigenti⁹.

L'attività propulsiva di aggiornamento del modello, va detto, non scatta soltanto nel caso di verificata inadeguatezza dello stesso; essa opera, infatti, anche nell'ipotesi di sue significative violazioni (art. 7, comma 4, lett. a, del d.lgs. n. 231/2001), ossia di infrazioni per le quali non basta il rimedio dell'azione disciplinare, nonché a fronte di situazioni che possono determinare un ampliamento delle aree di rischio, quali eventuali mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'ente (es. cambiamento dell'attività sociale; apertura di nuove aree di *business*, ecc.) o, ancora, intervenute modifiche normative (es. introduzione di nuovi reati presupposto) e giurisprudenziali.

Merita, infine, segnalare, che il controllo sull'adeguatezza del modello abilita, altresì, l'Organismo di vigilanza a svolgere anche una funzione di consulenza interna¹⁰, limitatamente alle problematiche connesse alla responsabilità da reato dell'ente collettivo ex d.lgs. n. 231/2001.

3. Il dato extralegislativo: gli indirizzi prevalenti in tema di nomina, composizione e requisiti dell'Organismo di vigilanza

In assenza di indicazioni normative, nella prassi è invalsa la tendenza ad affidare la nomina dell'Organismo di vigilanza al consiglio di amministrazione (o all'amministratore delegato investito di tale potere a norma dell'art. 2381 c.c.), con la sola particolarità delle società con modello dualistico, ove tale incombenza si ritiene affidata alternativamente al consiglio di gestione o al consiglio di sorveglianza, oppure al primo subordinatamente all'autorizzazione del secondo¹¹.

Il meccanismo di nomina appena descritto - è bene precisare - richiede un necessario adattamento nel caso in cui l'ente, dando seguito alla possibilità consentita dall'art. 6, comma 4-bis, d.lgs. n. 231/2001, intenda affidare le funzioni dell'Organismo di vigilanza al collegio sindacale. In questa ipotesi, infatti, la nomina non potrà che avvenire per mano dell'assemblea, in quanto è tale organo ad essere titolare del relativo potere (art. 2400, comma 1, c.c.), nonché di quello di sostituzione (art. 2401 c.c.), di revoca (art. 2400, comma 2, c.c.) e di statuizione dei rapporti economici dei sindaci (art. 2402 c.c.)¹².

Quanto alla composizione dell'Organismo di vigilanza, l'orientamento ad oggi prevalente, suffragato anche dalle indicazioni contenute nelle "Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001" di Confindustria spinge verso la costituzione di un organo monosoggettivo soltanto nel caso di enti di piccole dimensioni. Nel caso di organizzazioni complesse o di medie dimensioni, invece, sia la giurisprudenza che la dottrina¹³

propendono per la composizione collegiale dell'Organismo di vigilanza, attesa la maggiore idoneità di tale conformazione ad assicurare i requisiti fondamentali di tale organo, su cui si tornerà a breve.

In questa prospettiva, l'impostazione maggioritaria sembra prediligere la creazione di un organo *ad hoc* a composizione mista, ossia con la partecipazione sia di membri interni (essenzialmente i responsabili dell'area legale e dell'*internal auditing*)¹⁴, che di membri esterni, quest'ultimi con un incarico preferibilmente a termine e con un limite al rinnovo dei mandati.

Come in parte anticipato, i componenti dell'Organismo di vigilanza, in ogni caso, devono possedere specifici requisiti soggettivi (professionalità e onorabilità) e oggettivi (indipendenza, autonomia, continuità di azione).

Sotto il profilo soggettivo, in particolare, le Linee guida di Confindustria richiedono il possesso, da un lato, "di tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività 'ispettiva', ma anche consulenziale di analisi dei sistemi di controllo", e, dall'altro lato, di competenze "di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico", le quali, nondimeno, necessitano di essere integrate da saperi specialistici "ulteriori", acquisibili anche attraverso le risorse interne aziendali (di regola la funzione di *internal audit* è assegnata a supporto dell'OdV) o consulenze esterne¹⁵.

A ciò si aggiunge il requisito dell'onorabilità, peraltro interpretato in modo assai rigido dalla giurisprudenza, la quale, a titolo esemplificativo, non ha ritenuto bastevole la sola previsione della sentenza irrevocabile di condanna quale causa di ineleggibilità dei componenti dell'Organismo di vigilanza¹⁶. Non solo. A tale riguardo, di recente, si è sostenuto che tra le cause di ineleggibilità e decadenza debbano essere incluse anche le misure cautelari adottate nei confronti di membri dell'Organismo di vigilanza per reati contemplati dal d.lgs. n. 231/2001 o comunque destinati a incidere sulla reputazione dei medesimi¹⁷. Non sorprende, pertanto, che, sulla scorta di simili prese di posizione, alcuni modelli organizzativi e gestionali si siano spinti fino ad inserire tra le cause di ineleggibilità e decadenza "un qualunque provvedimento giurisdizionale che effettui una delibazione, ancorché sommaria e provvisoria, sulla sussistenza della responsabilità od addirittura sulla non infondatezza della *notitia criminis* nei confronti dei membri dell'OdV (ad esempio, emissione del decreto di rinvio a giudizio oppure del decreto di giudizio immediato; non invece il decreto di citazione a giudizio che invece è atto del PM) per i reati contemplati dal d.lgs. 231/2001 e per reati diversi che superano però, in quest'ultimo caso, determinate soglie di gravità"¹⁸.

gilanza ex d.lgs. 231/2001, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, *Le società per azioni*, a cura di N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso, P. Montalenti, Padova, Cedam, 2010, p. 848; D. GALLETI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 132 ss.; E. BERTOLLI, *L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, fasc. 1, p. 62.

¹⁴ C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi*, cit., p. 172 ss.

¹⁵ F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 206.

¹⁶ G.I.P. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in *www.rivista231.it*; G.I.P. Trib. Milano, 20 settembre 2004, est. Sechi, Società Ivri Holding, in *Foro it.*, II, 2005, c. 528 ss.

¹⁷ C. PIERGALLINI, P. BASTIA, *Perizia collegiale disposta dal GIP presso il Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale n. 4559/09*, Firenze 2011, p. 284.

¹⁸ Così, espressamente, F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigi-*

⁹ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 184.

¹⁰ D. FONDAROLI, "Orientamento culturale" dell'impresa e responsabilità penale: lo strano caso dell'Organismo di Vigilanza, in *Nuovo Statuto penale del lavoro*, a cura di F. Curi, Bologna, BUP, 2011, p. 140.

¹¹ F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 212.

¹² F.R. FANTETTI, *L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001 e le modifiche introdotte dalla legge di stabilità 2012*, in *La responsabilità civile*, 2012, p. 372.

¹³ G.I.P. Trib. Roma, 4 aprile 2003, est. Finiti, Società X, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2803 ss.; in dottrina, cfr. P. MONTALENTI, *L'Organismo di vi-*

Passando al profilo oggettivo, si richiede, innanzitutto, che l'Organismo di vigilanza sia in grado di espletare le proprie incombenze in modo indipendente. Tale peculiare caratterizzazione si riflette sulla composizione dell'organo in esame. Segnatamente, per quanto riguarda la scelta dei componenti interni della società, ciò implica che non possono essere coinvolti soggetti che, in quanto partecipi di decisioni riguardanti l'attività dell'ente, potrebbero difettare della necessaria serenità di giudizio al momento di valutazione delle stesse¹⁹. Così, dunque, si è ritenuto di non poter includere nell'Organismo di vigilanza il responsabile della sicurezza e del sistema ISO 9002²⁰, nonché qualsiasi membro del C.d.A., sia pure indipendente, realizzandosi in tale ipotesi "una sia pur parziale coincidenza tra 'soggetto passivo' ed attivo della vigilanza preventiva dell'Organismo"²¹.

Ancora, l'Organismo di vigilanza deve avere autonomia decisionale rispetto alla propria attività. Ciò, in particolare, significa che tale struttura non deve subire alcuna forma di interferenza, condizionamento o pressione da parte di qualunque componente dell'ente e, precipuamente, da parte degli organi dirigenziali²². Perché la condizione in esame sia soddisfatta, dunque, è necessario che all'Organismo di vigilanza siano riconosciuti ampi poteri, ivi compreso l'accesso incondizionato ai documenti e alle informazioni aziendali, nonché che abbia a disposizione un budget adeguato, il quale, una volta assegnato dall'organo dirigenza su sua proposta, possa essere gestito in autonomia, senza necessità di alcuna previa autorizzazione.

Parimenti indispensabile per il corretto espletamento delle incombenze affidate dal d.lgs. n. 231/2001 all'Organismo di vigilanza è la circostanza che tale organo si dedichi esclusivamente e a tempo pieno all'attività di vigilanza²³; per assicurare la c.d. continuità di azione, va da sé, l'Organismo di vigilanza deve essere privo di mansioni operative.

4. La questione della configurabilità di una responsabilità penale per omesso impedimento di reati altrui

Si discute se sia riconoscibile in capo ai membri dell'Organismo di vigilanza il dovere giuridico di impedire il verificarsi dei reati-presupposto di cui al d.lgs. n. 231/2001 e se, quindi, nel caso della loro consapevole inerzia di fronte al concreto profilarsi di fatti criminosi da parte di esponenti aziendali, possa configurarsi un'ipotesi di concorso omissivo ex art. 40, comma 2, c.p.

L'orientamento prevalente in dottrina esclude, per la verità,

lanza previsto dal d.lgs. 231/2001, cit., p. 206.

¹⁹ G.I.P. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.; G.I.P. Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit.; G.I.P. Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.

²⁰ G.I.P. Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.

²¹ N. PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, fasc. 1, p. 160.

²² Il difetto di autonomi poteri di iniziativi e controllo basta di per sé a ritenere il modello organizzativo inefficace; cfr., di recente, Corte Assise App. Torino, sez. I, 28 febbraio 2013, in *www.rivista231.it*, che, in modo lapidario, in un caso di coincidenza della figura di controllore e controllato di uno dei componenti dell'Organismo di vigilanza, ha osservato che "non è necessario spendere ulteriori parole sulla "autonomia" del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato". In argomento, cfr. anche le osservazioni di A. SCARCELLA, *Responsabilità amministrativa da reato e Thyssen: senza autonomia dell'Odv no al modello riparatorio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, fasc. 2, p. 253 ss. e, segnatamente, p. 260 ss.

²³ G.I.P. Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.

l'esistenza di una posizione di garanzia dei componenti dell'Organismo di vigilanza. Difetterebbe, infatti, nella specie, la sussistenza di un preciso supporto normativo per ammettere una loro eventuale responsabilità omissiva impropria, non potendosi considerare tale il modello organizzativo e gestionale; la volontà privata, invero, non può creare nuovi obblighi penalmente sanzionabili, ma, al più, spostare su altri centri di imputazione l'esecuzione di preesistenti posizioni di garanzia.

Al di là di tale rilievo, di per sé tranciante, alla configurabilità di un obbligo di garanzia per i membri dell'Organismo di vigilanza osterebbe, altresì, la mancata disponibilità in capo agli stessi di poteri autenticamente impeditivi. La questione, invero, è alquanto controversa²⁴, attesa la stessa problematicità della perimetrazione dei poteri normativi di impedimento²⁵.

In dottrina, in particolare, non è mancato chi ha qualificato come impeditivo "ogni potere giuridico che può astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell'illecito", fermo restando la subordinazione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento alla prova che, nel caso concreto, il loro esercizio avrebbe bloccato, oltre ogni ragionevole dubbio, il processo di realizzazione dell'operazione criminosa²⁶. Ancora, nella stessa prospettiva, si è osservato che "il potere decodifica uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare del potere stesso è immesso" e che detto potere "contribuisce a determinare la previsione legale della fattispecie omissiva, selezionandone modalità di realizzazione alla stregua delle quali il fatto storico sarà, *eventualmente*, giudicato tipico *anche perché ex post* rivelatosi causale"²⁷.

È proprio sulla scorta di tali rilievi che si è giunti ad ammettere l'esistenza di un obbligo di impedimento di reati altrui in capo ai membri dell'Organismo di vigilanza. In questa prospettiva, infatti, si è ritenuto che il difetto di mansioni operative sia funzionale unicamente all'esigenza di autonomia e di indipendenza dell'operato di tale organo, ma comunque non inficia la sua capacità di "intercettare una sequenza fondamentale nello sviluppo di vicende illecite, rallentarne il corso e, se il modello adottato gliene conferisce il potere, irrogare sanzioni e promuovere il relativo procedimento", specie se tra i suoi membri risultino inclusi anche amministratori non operativi o sindaci²⁸. Detto altrimenti: a nulla rileverebbe la circostanza che i compiti dell'Organismo di vigilanza, come descritti dal d.lgs. n. 231/2001, consistano nella vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello (e nella cura del suo aggiornamento); tale organo, infatti, sarebbe comunque in grado di attivare, ad esempio attraverso report e segnalazioni agli or-

²⁴ Per una ricostruzione della problematica, di recente cfr. S. GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'Organismo di vigilanza: prime incertezze, nuove incertezze*, in *Le Società*, 2012, p. 1220 ss.

²⁵ Sia consentito il rinvio a C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 641 ss.

²⁶ Da ultimo, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 334; ID., *La "partnership" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1784-1785; più in generale, ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 165 ss.

²⁷ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 294 (corsivi dell'Autore).

gani competenti, procedure che possono sfociare nella rimozione dell'atto a potenziale rilevanza penale, ben potendo rispondere, quindi, nel caso del loro mancato esercizio, dei reati commessi dai vertici aziendali ex art. 40, comma 2, c.p.

Siffatta impostazione, tuttavia, non considera la circostanza che il potere impeditivo, anche quando è attivato in via mediata, radica la propria essenza nell'attitudine a paralizzare *in itinere* l'evento lesivo, ostacolandone la concretizzazione o, al limite, evitando che la sua protrazione possa portare a ulteriori conseguenze negative. Se si valorizza tale aspetto, va da sé che nessuna valenza sul piano impeditivo possa essere riconosciuta a quelle "prerogative meramente reattive" degli organi societari, che risultano "cronologicamente e logicamente successive al fatto illecito posto in essere da altri"²⁸. Conseguentemente, per poter funzionare rispetto alla responsabilità omissiva impropria, l'attivazione dell'intervento altrui deve produrre un effetto inabilitante dell'evento lesivo o dell'attività illecita di terzi. L'organo chiamato ad intervenire in via surrogatoria, in altre parole, deve essere in grado di prevenire il verificarsi del risultato lesivo in essere e, come tale, deve essere fornito di quei poteri di blocco di cui è sguarnito, invece, il soggetto obbligato.

Sennonché, appunto, l'Organismo di vigilanza non dispone di poteri inquadabili nei termini anzidetti. Esclusa la capacità di un intervento diretto in relazione ai comportamenti irregolari o illeciti eventualmente riscontrati, detto organo può, al più, trasmettere i dati rilevati agli organi di vertice, nonché segnalare eventuali modifiche del modello organizzativo e gestionale o, eventualmente, l'opportunità di avviare un procedimento disciplinare: spetterà, però, sempre all'organo gestorio provvedere effettivamente a deliberare e a attuare i necessari correttivi.

Non sembra possibile ricavare argomenti a sostegno della sussistenza di una posizione di garanzia dei membri dell'Organismo di vigilanza neppure alla luce del d.lgs. n. 231/2007 che, allo scopo di prevenire reati di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, pone precisi obblighi di comunicazione in capo all'Organismo di vigilanza (art. 52, comma 2, d.lgs. n. 231/2007)³⁰. Si tratta di condotte, del resto, il cui doloso inadempiamento è già di per sé autonomamente sanzionato dall'art. 55, comma 5, d.lgs. n. 231/2007.

5. Organismo di vigilanza e gruppi societari

È opinione largamente condivisa che nei gruppi di società, ognuna delle realtà aziendali che vi fanno parte debba possedere un proprio modello organizzativo e un proprio organismo di vigilanza³¹. Acquisito tale punto fermo, tuttavia, è dibattuto

l'aspetto relativo alla loro composizione, segnatamente per ciò che concerne la possibilità di una coincidenza parziale (o anche totale) dei componenti degli Organismi di vigilanza delle società del gruppo³².

Il d.lgs. n. 231/2001, di per sé, non pone alcun ostacolo di tipo formale alla riproposizione della medesima compagine in più di un Organismo di vigilanza, tant'è che - com'è stato rilevato - "teoricamente, potremmo avere, quindi, tanti organismi identici quante sono le società del Gruppo, purché gli stessi organismi siano, a loro volta, correttamente inquadrati nelle rispettive società, siano nominati dai rispettivi organi dirigenti, sorvegliino i rispettivi modelli organizzativi, partecipino dei rispettivi flussi informativi e così via"³³, e salvo sempre il rispetto dei requisiti di autonomia, indipendenza e continuità di azione degli stessi. Proprio in quest'ottica, però, non manca chi esclude la possibilità di una parziale identità soggettiva degli Organismi di vigilanza della controllante e delle controllate, per evitare il rischio che l'attività dell'Organismo stessa si trasformi in un'inaccettabile intrusione nella vita delle controllate, anche allo scopo di veicolare alla *holding* informazioni interessate così da poter strumentalizzare la stessa gestione del rischio reato³⁴.

In ogni caso, nei gruppi di società è comunque necessaria un'attività di coordinamento - eventualmente formalizzata nei modelli delle varie entità che compongono il gruppo - da parte dell'Organismo di vigilanza della capogruppo rispetto a quelli operanti nelle singole controllate, al fine di razionalizzare le risorse e migliorare l'efficienza delle strutture. Siffatto coordinamento, in particolare, dovrebbe sostanziarsi, innanzitutto, nello scambio periodico di informazioni, onde favorire una visione globale dei rischi e delle carenze presenti nel gruppo, consentendo ai singoli Organismi di vigilanza di intervenire in modo unitario ed evitando "zone di ombra" nelle quali possano addensarsi fattori di rischio, per mancanza di chiarezza sui rispettivi ambiti di competenza³⁵. Particolarmente utile, al riguardo, è la programmazione di incontri periodici per l'approfondimento di temi di comune interesse, nonché per l'elaborazione di un efficace programma informativo sul d.lgs. n. 231/2001.

Ancora, si sottolinea la necessità di una collaborazione tra gli Organismi di vigilanza delle controllate e la funzione di *audit* di gruppo, se esistente³⁶, per quanto, al riguardo, non manchino opinioni contrarie³⁷, atteso che il ricorso alle funzioni di *audit* della capogruppo potrebbe determinare, per l'effetto, una "impropria" veicolazione di informazioni infragruppo.

CATERINA PAONESSA

²⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, cit., p. 386. Condivide tale impostazione anche R. ALAGNA, *L'Organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231 del 2001: funzione e responsabilità*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, fasc. 2, p. 575 ss.

²⁹ F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le Società*, 2012, p. 556 e 557.

³⁰ F. D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'OdV nella disciplina dell'antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, fasc. 1, p. 65 ss.

³¹ G.I.P. Trib. Roma, ordinanza 4 aprile 2003, cit. In dottrina, cfr. U. LECIS, *L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, fasc. 1, p. 46; F. ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, fasc. 3, p. 13; D. FONDAROLI, "Orientamento culturale" dell'impresa e responsabilità penale: lo strano caso dell'Organismo di Vigilanza, cit., p. 153.

³² Sulla problematica, cfr., diffusamente, A. ASTROLOGO, *I gruppi di società*, in *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e procedurali*, vol. I, a cura di L.D. Cerqua, Padova, Cedam, 2009, p. 1113 ss.

³³ U. LECIS, *L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, cit., p. 47.

³⁴ E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*. *Societas delinquere potest*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 267 ss.; C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi*, cit., p. 180.

³⁵ F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 220-221.

³⁶ F. GIUNTA, N. ABRIANI, *L'Organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, cit., p. 221.

³⁷ C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi*, cit., p. 181.