



Università degli Studi di Firenze

**DOTTORATO DI RICERCA IN
"DISCIPLINE PENALISTICHE - DIRITTO E PROCEDURA PENALE"**

CICLO **XXIV**

COORDINATORE **Prof. ROBERTO BARTOLI**

**L'Organismo di Vigilanza
previsto dal D. Lgs. n. 231/2001.
Prime valutazioni in merito ad una possibile
responsabilità omissiva impropria.**

Settore Scientifico Disciplinare **IUS/17**

Dottorando
Dott. FEDERICO ROMOLI

Tutore
Prof. GIOVANNI FLORA

Anni 2009/2012

*“E quale Ismeno già vide e Asopo
lungo di sè di notte furia e calca,
pur che i Teban di Bacco avesser uopo,*

*cotal per quel giron suo passo falca,
per quel ch'io vidi di color, venendo,
cui buon volere e giusto amor cavalca.”*

(Divina Commedia; Purgatorio, Canto XVIII)

INDICE

INTRODUZIONE. - Scopo della ricerca e metodo di trattazione	pag. 4
CAPITOLO PRIMO. IL QUADRO TEORICO DI RIFERIMENTO.	
1. Premesse sulla responsabilità penale omissiva di tipo improprio	pag. 10
2. (<i>segue</i>) La posizione di garanzia ed i poteri impeditivi	pag. 21
3. (<i>segue</i>) Concorso e cooperazione mediante omissione	pag. 31
CAPITOLO SECONDO. L'ORGANISMO DI VIGILANZA.	
1. Caratteristiche e funzioni specifiche	pag. 44
2. Ricostruzione penalistica della posizione dell'Organismo di Vigilanza	pag. 60
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	pag. 75
BIBLIOGRAFIA	pag. 85

INTRODUZIONE

Scopo della ricerca e metodo di trattazione. - La responsabilità – nelle sue varie, possibili, declinazioni e sfumature – dei soggetti cui, nelle realtà societarie, incombono compiti *lato sensu* di “controllo” rappresenta una tematica particolarmente delicata nel panorama penalistico, su cui continuano a scontrarsi e confrontarsi differenti correnti ed impostazioni, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Il campo, in realtà, è assai vasto. Un'analisi realmente completa dovrebbe farsi carico di abbracciare una materia che si dipana, nei suoi nuclei fondamentali, tra il problema della responsabilità omissiva *tout court* nella sua dimensione teorica e politico-criminale, l'esame e l'inquadramento dogmatico delle varie figure di “obblighi” potenzialmente rilevanti sotto un profilo penale, e – infine – la ricostruzione delle singole posizioni dei vari attori-controllori nella struttura d'impresa.

Il presente lavoro ha invece finalità ben più modeste; né potrebbe essere altrimenti, posto che funzione essenziale di una tesi di dottorato è tendenzialmente quella di – potremmo dire – “fotografare lo stato di avanzamento dei lavori” del dottore di ricerca *in pectore* al momento della conclusione del proprio percorso di studi relativi al primo “*step*” del *cursus honorum* accademico. Rappresentando, dunque, una sorta di “*work in progress*” (auspicabilmente da riprendere ed approfondire quale punto di partenza per un eventuale opera successiva, magari anche di tipo monografico) il seguente contributo non ha, né potrebbe ardire di avere, pretese di completezza ed esaustività; parimenti, posti i limiti intrinseci

appena evidenziati, risulterebbe privo di senso tentare di trattare in sintesi un'intera materia quale quella della responsabilità omissiva in ambito societario.

Si è pertanto deciso di restringere il campo dell'esposizione alla sola figura del c.d. “Organismo di Vigilanza” (o O.d.V.) introdotto dal D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: trattasi, invero, di organismo relativamente recente che sembrerebbe genericamente affine al novero di quei “controllori secondari” (tradizionalmente gli amministratori non esecutivi – o deleganti – e indipendenti, membri del collegio sindacale, revisori) intorno a cui, come noto, hanno oscillato nel tempo opposti orientamenti che tendevano, in giurisprudenza, a parificarne la posizione a quella dei “gestori” (ric conducendola, sotto un profilo penale, sempre e comunque nell'ambito del paradigma di cui all'art. 40, co. 2, c.p.), ed in dottrina generalmente a riconoscere, in astratto, la rilevanza penale dell'inerzia “qualificata” di tali soggetti solo ove a questi ultimi fossero stati attribuiti effettivi poteri impeditivi dello sviluppo criminoso attuato da altri esponenti societari.

Oltretutto, rispetto all'oggetto della presente indagine si è scelto di impegnarsi esclusivamente nell'esame dell'aspetto “materiale” del problema (in ogni caso quello di maggior rilievo, giacchè da esso poi originano e si dipanano gli altri profili essenziali dell'analisi del reato), vale a dire l'esatto inquadramento e ricostruzione della posizione (intesa, in buona sostanza, nel binomio – che qui riteniamo inscindibile, giusto il principio di responsabilità penale personale – doveri-poteri) dell'O.d.V. Fine ultimo di tale

approfondimento è soprattutto cercare di rispondere a quello che attualmente si presenta come l'interrogativo di maggior interesse in materia: se possa ravvisarsi una qualche responsabilità penale dei membri dell'organismo per “omessa vigilanza”; e, più in particolare, se questa possa eventualmente integrare una forma di reato omissivo improprio per omesso impedimento dei reati commessi da vertici o dipendenti della società “vigilata”.

Resterà quindi escluso dal presente lavoro l'esame di questioni egualmente complesse quali – per citarne alcune – gli aspetti soggettivi delle (eventuali) responsabilità dell'O.d.V. nel contesto d'impresa, nonché le problematiche (assai rilevanti, anche in una prospettiva eminentemente pratica) legate alla causalità omissiva ed all'accertamento probatorio del nesso causale: profili che (insieme ad altri che saranno evidenziati nel corso della trattazione) potranno trovare spazio in un approfondimento successivo.

L'opera prenderà le mosse da un accenno ai principi generali in materia di responsabilità omissiva c.d. impropria, sì da porre le basi teoriche di riferimento per l'approccio alle problematiche relative alla figura dell'O.d.V. Al riguardo, considerata la sede ed in ossequio alle premesse appena illustrate (nella consapevolezza, altresì, che diverse ricostruzioni teoriche costituiscano spesso giustificazioni *a posteriori* di differenti concezioni di politica criminale), si eviterà di affrontare una piena valutazione critica dei vari studi ed orientamenti sul tema della responsabilità omissiva (peraltro già oggetto di plurime, illustri, opere accademiche), limitandosi invece ad indicare in modo esplicito

l'impostazione sposata da questo umile Autore, con la quale si vaglierà la disciplina dell'O.d.V.; né la materia, posto lo scopo ristretto del presente contributo, potrebbe validamente – ove si volesse – essere qui sottoposta a confronti e riscontri rispetto alle molteplici teorie e letture appuntatesi sui reati omissivi.

La seconda parte dell'indagine sarà finalmente dedicata all'analisi delle caratteristiche e delle funzioni specifiche dell'O.d.V.: passandosi in rassegna e confrontandosi le diverse posizioni dottrinali in materia (manca ancora, invece, un significativo serbatoio di pronunce giurisprudenziali), si tenterà di presentare delle prime (e, come detto, “provvisorie”) conclusioni circa le possibili forme (ove ve ne siano di rintracciabili) di responsabilità penale di stampo omissivo teoricamente configurabili in capo ai membri di tale singolare organismo.

Tutto ciò, naturalmente, procedendo secondo un rigoroso, imprescindibile, rispetto – cui chi scrive fortemente crede e cerca di attenersi – dei più fondamentali principi di garanzia in materia penale.

CAPITOLO PRIMO

IL QUADRO TEORICO DI RIFERIMENTO

1. Premesse sulla responsabilità penale omissiva di tipo improprio. -

Il diritto penale s'impone tradizionalmente come un sistema normativo di tipo “repressivo-conservativo”, incentrato su precetti di divieto fissati quali limiti alla libertà di agire dell'individuo. Gli atti considerati penalmente rilevanti sono essenzialmente stati, almeno fino al termine dell'esperienza dello Stato liberale classico, quelli “positivi”; solo eccezionalmente quel diritto penale ha preso in considerazione atteggiamenti “negativi”. La stessa dottrina si è interessata quasi esclusivamente al reato commissivo, trascurando fino a tempi relativamente recenti il fenomeno omissivo¹.

Tralasciando le esperienze totalitarie (a cui è connaturato un sistema di tipo “costruttivo-propulsivo” fondato su comandi parametrati alla funzione svolta dall'individuo in una comunità orientata in senso pubblicistico), tutti rammentiamo come l'omissione abbia assunto un rilievo maggiore ed una sua dignità di sistema solo con il passaggio, nel secondo dopoguerra, al c.d. “Stato sociale di diritto” (o “solidaristico”), il quale, impegnandosi – a

¹ In materia, tra i molti, cfr. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 1363; CARACCIOLI, *Omissione (Diritto penale)*, in *Nov. Dig. It.*, XI, 1965, 895; CARNELUTTI, *Illiceità penale della omissione*, in *Ann. Dir. Proc. Pen.*, 1933, 1; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; ID., *Omissione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1994, 546; ID., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. Pen.*, 1983, 56; GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 623; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983 (anche per una panoramica comparatistica); LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 984; ID., *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, 343; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 135; NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano*, in *Ind. Pen.*, 1982, 434; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001; ID., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 1274; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

differenza dello Stato liberale – in compiti di promozione attiva di quasi ogni sfera del vivere civile, ha attribuito anche ai singoli l'adempimento di “doveri di solidarietà sociale” (cfr. l'art. 2 della nostra Carta costituzionale). È in questo nuovo contesto che il diritto penale ha iniziato ad essere impiegato per presidiare – sanzionandone l'inadempimento quale illecito di tipo omissivo – tali impegni solidaristici. Più di recente, le fattispecie “negative” hanno poi conosciuto un significativo sviluppo in ragione di una maggiore complessità delle relazioni sociali e, soprattutto, di un notevole incremento della gamma di rischi connessi al progresso tecnologico ed alle più varie attività di impresa². Tuttavia, sebbene rinvenga il proprio pacifico fondamento nel principio solidaristico di cui all'art. 2 della Costituzione³, questa particolare forma di tutela penale presenterebbe in astratto un'assai tenue compatibilità con gli altri principi-cardine di rango costituzionale in materia penale, quali quello di libertà personale, di personalità della responsabilità penale e di materialità-offensività. Ecco perchè alla responsabilità omissiva viene pacificamente riconosciuto un valore (e dunque un'applicazione) di tipo eccezionale⁴.

È ormai opinione concorde che l'essenza ultima della responsabilità

² Come ricorda MANTOVANI, *Diritto*, cit., 137, in una simile funzione “promozionale” può ravvisarsi una deriva del diritto penale da strumento di tutela di beni giuridici a strumento di “governo della società”, con rischi di strumentalizzazioni politiche e di tensioni con i principi di *extrema ratio* dello stesso diritto penale e di eccezionalità delle fattispecie omissive; cfr. anche NUVOLONE, *L'omissione*, cit., 433.

³ Cfr. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 34 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 136.

⁴ Cfr. anche MANTOVANI, *Causalità*, cit., 984, e MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, 158, il quale evidenzia che l'istanza solidaristica «in un ordinamento positivo non può che essere *selettiva*: pena la paralisi della libertà d'agire in ragione della preoccupazione di soddisfare il dovere altruistico. [...] Donde la necessità di selezionare, in termini di ancor più rigorosa sussidiarietà, l'incriminazione dell'inerzia, riservando una tale eccezionale opzione criminale solo per la salvaguardia di beni che, per importanza nella scala dei valori sociali, non possono rinunciare a una tutela rafforzata».

omissiva *tout court* sia di tipo normativo e non naturalistico, giacchè nel paradigma omissivo viene attribuito rilievo a ciò che nella realtà è un *nihil facere* se ed in quanto rappresenti un *non facere quod debetur*, vale a dire un «non compiere l'azione possibile, che il soggetto ha il dovere giuridico di compiere»⁵. È quindi la “doverosità” – solo giuridica – che converte la mera inerzia in un'omissione penalmente rilevante⁶.

Volendo operare una ricostruzione “costituzionalmente orientata”⁷ del fenomeno omissivo, una volta individuato il fondamento costituzionale nel principio di solidarietà di cui all'art. 2, problema centrale è quello – come già accennato – della sua compatibilità con gli altri principi fondamentali, che contestualmente e necessariamente intervengono a delimitarne l'area di legittimità e di applicabilità.

Viene in rilievo, innanzitutto, il principio di libertà (artt. 2 e 13 Cost.): se è vero che i tradizionali precetti penalistici di divieto risultano teoricamente meno gravosi per la libertà personale rispetto a quelli di comando, non può comunque escludersi la compatibilità con il medesimo principio di libertà di una tutela omissivo-solidaristica improntata a sanzionare l'inadempimento degli obblighi di solidarietà umana previsti *in primis* dall'art. 2 Cost. e comunque a salvaguardare altri valori

⁵ Così MANTOVANI, *Diritto*, cit., 137. Cfr. anche CARACCIOLI, *Omissione*, cit., 896 (che si riferisce all'omissione come ad un «concetto, normativamente rilevante [...] oggetto di un giudizio di relazione»); FIANDACA, *Omissione*, cit., 547; NUVOLONE, *L'omissione*, cit., 435.

⁶ È stato giustamente rilevato che l'omissione rilevante non può essere né un *nihil facere* (perchè appunto non si distinguerebbe dalla mera inerzia, priva di apprezzabile fisicità), né un *aliud facere* (non solo perchè non sempre chi omette di agire commette un'altra azione, ma anche perchè può non essere semplice l'individuazione dell'azione diversa): cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto*, cit., 137; e già CARNELUTTI, *Illiceità*, cit., 4.

⁷ Sull'analisi del reato, e conseguentemente del sistema penale, alla luce del dettato costituzionale, cfr. la celeberrima ricostruzione di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, 1974, 7 ss.; anche MANTOVANI, *Diritto*, cit., 22.

costituzionali. In ogni caso, non deve dimenticarsi – come già detto – che il ricorso alla responsabilità omissiva non può non rimanere sempre circoscritto a casi eccezionali: infatti, il valore primario del bene costituzionale della libertà personale che già rende il diritto penale in generale quale strumento di *extrema ratio* e di applicazione frammentaria⁸, nel caso della responsabilità omissiva acquisisce un significato ancor più pregnante.

Altro parametro costituzionale di riferimento (che, come vedremo, assumerà un rilievo particolare proprio ai fini della presente indagine) non può poi che essere il principio della responsabilità penale personale (art. 27 Cost.), che deve informare e guidare l'analisi dei diversi tipi di obblighi giuridici, in modo da permettere di distinguere i veri e propri “obblighi di garanzia” (che fondano la responsabilità omissiva “impropria” configurata in via generale dall'art. 40, co. 2, c.p.) dagli obblighi di attivarsi o di sorveglianza (laddove queste due ultime categorie di obblighi possono dar luogo esclusivamente a responsabilità omissiva di tipo “proprio”). Una simile distinzione si presenta intuitivamente di fondamentale importanza per non incorrere in ipotesi di responsabilità per fatto altrui “occulta”⁹.

In materia rileva, infine, anche il principio di materialità-offensività, rispetto a cui la configurazione e l'interpretazione della responsabilità omissiva deve trovare conformità in termini di offesa (ovviamente – come

⁸ Cfr. magistralmente BRICOLA, *Teoria*, cit., 14 ss. (l'Autore si pronuncia anche sui reati commissivi mediante omissione, per i quali il problema sarebbe quello di «delimitare ex art. 25, 2° comma, Cost. la fonte dell'obbligo, già dovendo essere la correlativa ipotesi commissiva predisposta in funzione di tutela di un valore costituzionale»).

⁹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 140; ID., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, 456.

visto – non in senso naturalistico, ma normativo): i vari obblighi giuridici a fondamento delle fattispecie omissive dovrebbero dunque presidiare beni realmente degni di tutela (in quanto di rango costituzionale o comunque non incompatibili con i valori costituzionali) rispetto ad offese oggettivamente rilevanti (nel paradigma di tipo improprio dovrebbe altresì aggiungersi l'equiparazione sotto il profilo di disvalore sostanziale tra offesa non impedita ed offesa cagionata, nonché l'effettiva idoneità impeditiva della condotta doverosa riguardo all'evento lesivo del bene tutelato).

A fini classificatori, secondo la tradizionale e prevalente tesi bipartita, gli atteggiamenti di carattere “omissivo” che rilevano in ambito penale vengono inquadrati in due diverse categorie, a cui corrispondono altrettante ipotesi di fattispecie incriminatrici, quali reati omissivi “propri” (o di pura omissione) e reati omissivi “impropri” (o di non impedimento).

Come noto, gli elementi essenziali dei reati omissivi propri sono i presupposti (che impongono un determinato “obbligo di attivarsi”), la condotta omissiva, il termine entro il quale il soggetto deve agire. Si tratta di reati che, sanzionando specifiche modalità di omissione, sono generalmente considerati di mera condotta¹⁰ e risultano previsti esclusivamente da fattispecie di parte speciale (si vedano, quali esempi classici, gli artt. 328, 361 ss., 593 c.p.).

I reati omissivi impropri – tanto quelli “generali” frutto della combinazione della “clausola di equivalenza” di cui all'art. 40, co. 2, c.p.

¹⁰ Talora possono presentarsi anche come di evento, quantunque quest'ultimo venga addebitato all'agente-omittente ad altro titolo rispetto alla clausola di cui all'art. 40, co. 2, c.p. (si veda, ad es., l'art. 593, co. 3, c.p.): cfr. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 11; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 52 ss.

con le singole fattispecie commissive di evento causalmente orientate (o “pure”)¹¹, quanto quelli “speciali”, previsti da norme incriminatrici autonome (si vedano, ad es., gli artt. 57 e 659 c.p.) – si strutturano invece attorno ad un obbligo c.d. “di garanzia” e ad un evento che il soggetto, proprio in virtù della sua posizione di “garante”, è tenuto ad impedire¹². La funzione incriminatrice in questo caso è rivolta non tanto all'omissione in sé, quanto al mancato impedimento di un evento naturalistico.

Un presupposto comune ad entrambi i tipi di responsabilità omissiva in discussione è in ogni caso la possibilità concreta ed effettiva di adempiere l'obbligo di fare. Come puntualmente espresso dal brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*, l'obbligo giuridico incontra il proprio limite logico intrinseco nella (im)possibilità materiale di ottemperarvi; parimenti, il soggetto obbligato andrà esente da responsabilità qualora, pur avendo tenuto il comportamento dovuto, in ragione di circostanze a lui esterne si sia verificata ugualmente la situazione che la fattispecie mirava ad evitare¹³.

Come evidenziato dalla recente dottrina che si è interessata al fenomeno omissivo¹⁴, appare di fondamentale importanza la distinzione dei

¹¹ La dottrina è concorde nel negare l'effetto estensivo-incriminatorio dell'art. 40, co. 2, c.p. ai reati di mera condotta: cfr., *ex multis*, BISORI, *L'omesso*, cit., 1339 ss.; FIANDACA, *Omissione*, cit., 548 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 594 ss.; GRASSO, *Il reato*, cit., 137 ss.; LEONCINI, *Obbligo*, cit., 1 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 172; RISICATO, *Combinazione*, cit., 450 ss.; SGUBBI, *Responsabilità*, cit., 99 ss. Orientamenti diversi emergono invece in relazione alla particolare figura della responsabilità per concorso mediante omissione in reato commissivo altrui (configurabile per i soggetti gravati da specifici obblighi di impedimento di reati altrui): v. *sub* nota 20.

¹² Ivi si innesta la dibattuta e complessa (anche sotto un profilo processual-probatorio) problematica della c.d. “causalità omissiva” (qui, come annunciato, non trattata).

¹³ In relazione ai reati omissivi impropri lo stesso effetto si produrrà in caso di accertata inutilità (ai fini dell'impedimento effettivo dell'evento temuto) del comportamento attivo non prestato.

¹⁴ Cfr., fra tutti, per la vasta ed approfondita analisi, ancora LEONCINI, *Obbligo*, cit., 14 ss.

vari tipi di “obbligo” astrattamente prevedibili dall'ordinamento, poiché la loro esatta individuazione permette di ricostruire i differenti tipi di responsabilità penale cui possono incorrere i soggetti obbligati. In estrema sintesi: il vero e proprio “obbligo di garanzia”, a base del paradigma della responsabilità omissiva impropria (e dunque in generale applicabile, secondo il meccanismo di conversione di cui all'art. 40, co. 2, c.p., a fattispecie di parte speciale di natura commissiva di evento causalmente orientate), è stato definito – in base ad una concezione di stampo penal-costituzionale cui qui dichiaratamente si aderisce – «l'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli»¹⁵. Rispetto alle altre impostazioni che hanno inteso individuare l'obbligo impeditivo in termini formali, funzionali, o “misti”, la tesi appena menzionata ha il pregio di mostrarsi rispettosa tanto del principio di riserva di legge quanto di quello di tassatività, imponendo la necessaria specificità delle fonti e del contenuto dell'obbligo, nonché dei poteri impeditivi e delle categorie dei soggetti “garanti”.

Gli obblighi di garanzia sono stati recentemente distinti secondo una convincente tripartizione¹⁶: obblighi di protezione, obblighi di controllo ed obblighi di impedimento di reati.

I primi impongono al soggetto obbligato di proteggere determinati

¹⁵ Così MANTOVANI, *L'obbligo*, cit., 342; ID., *Diritto*, cit., 169.

¹⁶ Cfr. BISORI, *L'omesso*, cit., 1363; GRASSO, *Il reato*, cit., 293; LEONCINI, *Obbligo*, cit., 81 ss.; MANTOVANI, *L'Obbligo*, cit., 351; ID., *Diritto*, cit., 181.

beni da ogni possibile fonte di pericolo e si fondano su di un particolare legame tra il “garante” ed il bene o soggetto protetto (tali sono quelli dei genitori rispetto all'intangibilità sessuale dei figli, come del personale medico del servizio sanitario nazionale nei confronti dei propri pazienti-utenti).

All'opposto, con gli obblighi di controllo si richiede al soggetto che si trova in una posizione di “signoria” rispetto ad un bene (fonte di pericolo) di proteggere tutti i beni o soggetti ad esso esposti (tra di essi, si ricordano comunemente gli obblighi che, ai sensi degli artt. 2051, 2052 e 2053 c.c., gravano sui proprietari – come anche su quei soggetti, quali possessori, detentori, custodi, che rivestono rispetto al bene una particolare situazione di controllo – di cose o animali “pericolosi”, affinché tali oggetti o animali non provochino danni a terze persone, cose o animali altrui)¹⁷.

Gli obblighi di impedimento di reati, infine, vincolano il titolare ad impedire che altri soggetti (da esso sorvegliati e sottoposti al suo potere come garante) commettano reati, pena il concorso (per omissione) in quegli stessi reati (commissivi) altrui. Questi ultimi non rappresenterebbero una particolare *species* di obblighi di controllo, ma una categoria autonoma¹⁸, un *tertium genus*, che infatti determinerebbe un diverso modello di responsabilità omissiva impropria in caso di sua inosservanza: se

¹⁷ Come correttamente evidenziato dalla dottrina più attenta, tali obblighi si distinguono dai c.d. “obblighi di diligenza” nella gestione di attività pericolose (cfr. i diversi paradigmi civilistici di cui agli artt. 2050 e 2054 c.c.), in cui infatti ricorre una responsabilità di tipo attivo (per aver posto in essere un'attività intrinsecamente pericolosa, il cui svolgimento avrebbe richiesto adeguate cautele) e non omissivo: cfr. *amplius* LEONCINI, *Obbligo*, cit., 103 ss.; MANTOVANI, *Causalità*, cit., 1004; ID., *Diritto*, cit., 181.

¹⁸ Sebbene rispondano ad esigenze che possono risultare simili a quelle sottese agli altri due ordini di obblighi di garanzia: cfr. BISORI, *L'omesso*, cit., 1366.

inadempienti, i soggetti gravati da un obbligo di protezione o di controllo risponderanno per un reato omissivo comunque improprio (giacchè di fatto non hanno evitato un evento che essi avrebbero dovuto impedire), ma di natura monosoggettiva; mentre – come anticipato – coloro i quali debbano rispettare un obbligo di impedimento di reati verranno in ultima analisi puniti per concorso¹⁹ omissivo in un reato commissivo²⁰. Si ritiene che oltre

¹⁹ Ciò a prescindere che si ritenga tale concorso come frutto della combinazione delle due clausole generali di cui agli artt. 40, co. 2, e 110 c.p. (cfr. RISICATO, *Combinazione*, cit., 376 ss., che però la intende nel senso di un'applicazione rigorosamente «distinta e successiva» delle due clausole alle singole fattispecie di parte speciale, mentre – secondo l'Autrice – dottrina e giurisprudenza avrebbero spesso operato una «inaccettabile interferenza» tra le due clausole di parte generale: ne hanno cioè promosso un'applicazione *cumulativa e contemporanea* attraverso la quale elementi dell'una hanno subito un indiscriminato processo di espansione per il fatto di venire a contatto con elementi dell'altra»), oppure come già ontologicamente imposto dall'art. 40, co. 2, c.p. (cfr. BISORI, *L'omesso*, cit., 1377).

²⁰ Questa forma di responsabilità omissiva a base concorsuale – a differenza di quella riferibile in generale agli altri obblighi di garanzia (v. *sub* nota 11) – sarebbe considerata dalla dottrina prevalente come configurabile tanto per i reati di evento quanto per quelli di pura condotta, a forma libera o vincolata (sostanzialmente intendendosi, in questo caso, l'«evento» di cui alla lettera del comma 2 dell'art. 40 c.p. in senso “giuridico”, quale “fatto tipico”, ma forse in ciò confondendosi il piano del rilievo eziologico della condotta con quello della sua tipicità; sul punto cfr. già le osservazioni di CARNELUTTI, *Illiceità*, cit., 2): cfr., fra i molti, BISORI, *L'omesso*, cit., 1340 ss.; GRASSO, *Il reato*, cit., 141 ss.; LEONCINI, *Obbligo*, cit., 353 ss. (anche per i riferimenti bibliografici ivi riportati); MANTOVANI, *Diritto*, cit., 546; NUVOLONE, *L'omissione*, cit., 435. *Contra*, sostenendo dunque la configurabilità (anche) del concorso mediante omissione solo in rapporto a fattispecie commissive di evento causalmente orientate, FIANDACA, *Il reato*, cit., 37 ss.; ID., *Omissione*, cit., 548; in modo che ci sembra convincente RISICATO, *Combinazione*, cit., 450 ss. e ID., *La partecipazione*, cit., 1279: «rinunciare in sede di compartecipazione negativa al reato alla necessaria presenza di un evento in senso naturalistico nel fatto illecito altrui, per giungere ad identificare la nozione di evento con quella di reato *tout court*, equivale ad aggiungere arbitrariamente un *terzo* comma all'art. 40 c.p., in tutto e per tutto analogo al terzo comma dell'art. 41 c.p., che così reciti: «le disposizioni precedenti si applicano anche quando l'evento non impedito consiste nel fatto illecito altrui». Ma – così procedendo – si opererebbe una vera e propria applicazione analogica in *malam partem* dell'art. 40 cpv. c.p.: si equiparerebbe cioè l'evento in senso naturalistico, costitutivo di un distinto fatto illecito altrui, con l'evento quale sinonimo dell'intero fatto illecito altrui, eventualmente strutturato quale reato di mera condotta»; cfr. anche PALAZZO, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema delicati*, in *Stud. Iur.*, 1996, 1112: «come nella realizzazione monosoggettiva l'art. 40 cpv. c.p. non è in grado di trasformare in omissiva una fattispecie la cui tipicità è costruita esclusivamente in positivo, così – e si direbbe *a fortiori* – nella realizzazione plurisoggettiva non sarebbe possibile la «conversione» di una fattispecie configurata in forma solamente attiva in una fattispecie concorsuale omissiva»; e a tale limite non potrebbe sopperire nemmeno la funzione tipizzante di contributi atipici propria dell'art. 110 c.p., poiché «tale dilatazione della tipicità, se già dissolve la tipicità specifica della singola fattispecie, non potrebbe giungere sino alla conversione di una condotta attiva in condotta omissiva, neppure quando si versi in sede concorsuale. Il limite per cui l'art. 40 cpv., nonostante dilati esso pure la

ai genitori e a quei soggetti titolari di un potere di istruzione, educazione o cura nei confronti di altre persone, un obbligo di tal fatta incomba sugli amministratori societari rispetto all'operato tanto di altri esponenti della *governance* quanto dei propri sottoposti (v. gli artt. 2048 e 2392 c.c.).

Vero nodo centrale nel campo dei reati omissivi è però l'esatta identificazione e differenziazione degli obblighi di garanzia (nelle loro varie – appena viste – declinazioni) rispetto ad altri tipi di obblighi, sempre giuridici, che potrebbero fondare un diverso schema di responsabilità omissiva: stiamo parlando, nell'ordine (secondo l'impostazione qui condivisa e che configura una sorta di gradazione discendente di “impegno” richiesto al soggetto da parte dell'ordinamento) dei c.d. “obblighi di sorveglianza” e “obblighi di attivarsi”²¹.

L'obbligo di sorveglianza grava su quei soggetti i quali, privi di ogni potere impeditivo, sono esclusivamente incaricati di vigilare su una determinata attività (altrui) e di tenere informato il titolare del bene tutelato (o comunque il suo effettivo “garante”), affinché sia poi quest'ultimo ad impedire la commissione di fatti offensivi (per il bene stesso o per altri). La caratteristica fondamentale di un simile obbligo è proprio quella di non implicare alcun potere impeditivo nel soggetto “vigilante”. È pertanto questa la categoria che, ricorrendo spesso in relazione a certi attori societari, forse

tipicità a fattispecie (omissive) strutturalmente diverse ed autonome da quelle attive [...], non può tuttavia operare nel caso dello sbarramento frapposto da una fattispecie a condotta vincolata, opererebbe anche nel caso della fattispecie concorsuale. Altrimenti, la realizzazione plurisoggettiva del reato verrebbe a costituire la leva idonea a svincolarsi per due volte dall'originaria tipicità della singola norma incriminatrice, ponendo essenzialmente “fuori controllo” la fattispecie concorsuale».

²¹ Cfr. per tutti LEONCINI, *Obbligo*, cit., 14 ss., che lamenta esplicitamente una scarsa attenzione a tale distinzione sia in dottrina che in giurisprudenza; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 170; ID., *L'obbligo*, cit., 343.

più di ogni altra meriterebbe di essere attentamente ricostruita ed individuata per distinguerla dai veri e propri obblighi di garanzia: il mancato impedimento di reati altrui da parte di soggetti gravati da meri obblighi di vigilanza non può comportare, infatti, una loro responsabilità ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p. (né, dunque, potrebbe integrarsi un loro eventuale concorso mediante omissione nell'ipotetico reato in questione), giacchè altrimenti si configurerebbe un'autentica responsabilità per fatto altrui in patente spregio del principio sancito dall'art. 27 Cost.²² I “vigilanti” potranno quindi andare soggetti a responsabilità penale esclusivamente laddove sia espressamente prevista una fattispecie che incrimini in modo specifico l'omessa vigilanza (per cui si configurerà, in conclusione, un reato omissivo proprio)²³.

Un ulteriore, diverso, tipo di obblighi è rappresentato da quelli di attivarsi, che non postulano pre-esistenti poteri impeditivi o compiti di vigilanza, e che impongono (alla generalità dei consociati²⁴, oppure a determinati soggetti²⁵) un particolare obbligo di *facere* al verificarsi di specifiche situazioni di fatto, le quali rappresentano – sotto un profilo teorico – i “presupposti” della condotta doverosa imposta dall'ordinamento.

²² Ciò ovviamente a meno che non ricorra, in parallelo, un qualche contributo “attivo” del soggetto obbligato finalizzato alla realizzazione del reato altrui.

²³ Si anticipa fin da ora che in questa dissertazione si abbraccia apertamente quella impostazione che vuole l'Organismo di Vigilanza (*rectius*, i suoi membri) previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 come gravato esclusivamente da un mero obbligo di vigilanza, con la conseguenza per cui detti componenti (in mancanza di un particolare tipo di “accordo criminioso” che preveda una dolosa omissione di vigilanza “a supporto” di un reato altrui, nel qual caso la condotta eventualmente rilevante sarà in realtà quella “morale”, attiva, di determinazione o rafforzamento del proposito criminioso altrui: v. *infra* in questo stesso capitolo *sub* par. 3) non potranno essere ritenuti responsabili per concorso omissivo nei reati commessi dai “vigilati” (v. *amplius infra sub* cap. 2, par. 2).

²⁴ V., ad es., l'art. 593 c.p.

²⁵ V., ad es., l'art. 361 c.p.

Mentre per gli obblighi di garanzia e di sorveglianza l'ordinamento (pre)individua sia i soggetti che i poteri e le funzioni tipiche (di impedimento o di sola sorveglianza), negli ultimi, al contrario, viene previsto esclusivamente il presupposto di fatto, il cui verificarsi determinerà, in pratica, l'insorgenza dell'obbligo (e, in caso di obblighi “comuni”, fungerà anche da “selettore” dei soggetti su cui incomberà l'obbligo medesimo).

2. (segue) La posizione di garanzia ed i poteri impeditivi. - Come visto, la caratteristica peculiare – potremmo dire il “cuore pulsante” – della responsabilità omissiva di tipo improprio, che vale a distinguerla tanto da quella propria quanto dall'area della irrilevanza penale, è l'obbligo di garanzia, con cui dunque il soggetto obbligato viene posto in una “posizione di garanzia” (o, secondo la tradizione tedesca, *Garantenstellung*)²⁶.

Vogliamo rammentare – telegraficamente – quelle che sono le diverse concezioni sviluppatesi nella nostra dottrina per individuare natura, fonti e portata degli obblighi di garanzia, e che possono essere raggruppate idealmente in quattro categorie²⁷.

Le teorie tradizionali, tra di loro opposte, sono quelle c.d. “formalistica” e “sostanzialistico-funzionale”. La prima, espressione del classico liberalismo giuridico italiano che considerava la responsabilità

²⁶ Cfr. FIANDACA, *Il reato*, cit., 79 ss., 129 ss.; GRASSO, *Il reato*, cit., 8, 20, 184 ss. (che la definisce anche “situazione di garanzia”); LEONCINI, *Obbligo*, cit., 4; SGUBBI, *Responsabilità*, cit., 187 ss.

²⁷ Cfr. approfonditamente LEONCINI, *Obbligo*, cit., 180 ss.; anche MANTOVANI, *Diritto*, cit., 167; ID., *L'obbligo*, cit., 338.

omissiva quale ipotesi affatto eccezionale nel sistema penale, richiedeva l'espressa previsione dell'obbligo di garanzia da parte di sole fonti giuridiche formali, quali essenzialmente la legge (sia penale che extra-penale) ed il contratto²⁸. La tesi, pur avendo l'indubbio pregio di fissare l'imprescindibile fondamento giuridico-formale dell'obbligo di garanzia (in ossequio al basilare principio di legalità penale formale), si sarebbe tuttavia dimostrata inadeguata sia "per eccesso" (per non aver saputo selezionare, tra i molteplici obblighi di agire, quelli realmente di "garanzia", ovverosia di "impedimento dell'evento") che "per difetto" (non essendo riuscita a distinguere tra mera obbligazione contrattuale ed obbligo di garanzia, con la duplice, opposta, conseguenza di escludere l'obbligo di garanzia – e dunque una responsabilità omissiva impropria – in caso di invalidità del contratto pure in presenza di effettiva presa in carico del bene tutelato, e di ravvisarlo invece laddove ad un contratto perfettamente valido non corrisponda l'assunzione in custodia del bene). La seconda teoria, di matrice tedesca, che individuerrebbe la *ratio* della responsabilità omissiva impropria nell'esigenza solidaristica di una "tutela rafforzata" per determinati beni, prevederebbe quale fonte dell'obbligo di garanzia la c.d. "posizione fattuale di garanzia" concretamente assunta da specifici soggetti che diventerebbero, così, garanti. Anche a questa teoria sono stati riconosciuti meriti e limiti: da un lato, essa avrebbe contribuito a delimitare la responsabilità da omesso impedimento dell'evento grazie all'individuazione di un criterio generale per selezionare le vere e proprie posizioni di garanzia tra i molteplici, possibili,

²⁸ All'interno della stessa corrente, la sfera della fonti è stata poi allargata fino a ricomprendere addirittura la c.d. "*negotiorum gestio*" e la consuetudine.

obblighi di agire; dall'altro, però, si sarebbe mostrata in contrasto con i principi di riserva di legge (l'obbligo di garanzia viene fondato su criteri innegabilmente pratico-fattuali) e di tassatività (i vari criteri elaborati in seno alla concezione in parola si sono rilevati in ultima analisi troppo vaghi ed incapaci di circoscrivere con precisione l'area della responsabilità omissiva impropria), oltre a rivelare la malaugurata tendenza a far derivare l'obbligo di garanzia anche dalla c.d. “precedente azione pericolosa” del medesimo soggetto garante (con ciò – come già accennato – creando pericolose confusioni tra causalità attiva e causalità omissiva).

Più recentemente si è sviluppata una terza corrente (c.d. “concezione mista”, di carattere formale-sostanziale), che risulta attualmente prevalente nell'accademia italiana. Tale orientamento ha cercato di sintetizzare le due precedenti impostazioni, richiedendo per la configurazione dell'obbligo di garanzia sia una fonte formale che una corrispondenza alla funzione sostanziale di garanzia, ma forse non risolvendo, in tale sforzo, i difetti delle altre tesi (quest'ultima teoria è stata infatti criticata non solo per una eccessiva dilatazione della responsabilità omissiva – come nei campi dell'infortunistica del lavoro, o nelle attività di controllo sindacale endosocietario – ma anche, all'opposto, per una sua ingiustificata restrizione – con la negazione di posizioni di garanzia per i genitori rispetto all'intangibilità sessuale dei figli, degli appartenenti alle forze dell'ordine rispetto ai reati commessi in loro presenza, oppure in relazione a beni patrimoniali).

L'obbligo di garanzia è stato da ultimo ricostruito anche in termini

“costituzionali”²⁹: una lettura che pare a chi scrive la modalità più corretta di analisi della problematica, giacchè proprio i principi costituzionali possono (e – si ritiene – debbono) fornire le massime indicazioni per inquadrare (e dunque circoscrivere) lo stesso fenomeno omissivo. Come detto, la Carta costituzionale suggerisce infatti non solo il fondamento della responsabilità omissiva³⁰, ma anche i suoi limiti: in base al principio di offensività, l'equiparazione tra omissione “impropria” e la causazione dell'evento dovrebbe postulare un reato commissivo di offesa, un obbligo di garanzia concepito in termini realmente solidaristici e che la condotta doverosa sia quella effettivamente idonea ad impedire l'evento offensivo; il principio di libertà personale imporrebbe una formulazione ed una applicazione della responsabilità omissiva quale *extrema ratio*; dalla personalità della responsabilità penale discenderebbe un requisito “oggettivo” fondamentale dell'obbligo di garanzia, che contraddistingue quest'ultimo rispetto agli altri obblighi giuridici, ossia «la necessaria corrispondenza tra il dovere giuridico «impeditivo» ed un simmetrico potere giuridico, effettivo e certo, di soddisfare tale pretesa»³¹, posto il rischio, nell'ambito dei reati di omesso impedimento, di violazione del divieto di responsabilità per fatto altrui:

«[t]ale tipo di responsabilità, infatti, in apparenza categoricamente ripudiato,

²⁹ Cfr. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 47 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 169; ID., *L'obbligo*, cit., 340. Cfr. anche MICHELETTI, *La posizione*, cit., 155, che evidenzia l'importanza di un'attenta ricostruzione del reato omissivo improprio per evitare che la *fiction* giuridica sottesa all'art. 40, co. 2, c.p. infranga il canone della responsabilità penale personale.

³⁰ Il ricordato principio solidaristico, che permetterebbe l'espansione della sfera dell'omissione punibile in senso diverso da quello tipico dei sistemi totalitari, e che – più in particolare nei reati omissivi impropri – farebbe ravvisare «lo scopo precipuo del meccanismo di conversione dell'art. 40/2 nella volontà legislativa di riequilibrare, tramite la assegnazione di specifiche «posizioni di garanzia» a determinati soggetti, la situazione di inferiorità dei titolari, totalmente o parzialmente incapaci di proteggere i propri beni» (così LEONCINI, *Obbligo*, cit., 38).

³¹ Così LEONCINI, *Obbligo*, cit., 49.

rischia di risorgere in forma «occulta» in certe opinioni dottrinali e decisioni giurisprudenziali, che, parificando la violazione dell'obbligo di sorveglianza a quella dell'obbligo di garanzia, attribuiscono una responsabilità a titolo di concorso in fatti illeciti, che potevano essere soltanto ostacolati, ma non impediti, dal soggetto»³²; in ossequio al principio di legalità penale formale (nel suo corollario del principio di riserva di legge), l'obbligo di impedire l'evento dovrebbe trovare – come peraltro richiesto espressamente dall'art. 40, co. 2, c.p. – un ineludibile fondamento «giuridico», limitato alle sole fonti formali della legge e del negozio giuridico, ed impermeabile ad ogni indebito tentativo di estensione analogica; il canone di tassatività-determinatezza, infine, vorrebbe che l'azione doverosa fosse rigorosamente (pre)determinata e ben individuabile, con la inevitabile configurazione del reato omissivo improprio – in buona sostanza – quale «fattispecie a forma vincolata, in cui la condotta tipica consiste esclusivamente nel mancato compimento dell'azione doverosa tassativamente prevista»³³. Su tali premesse l'obbligo di garanzia è stato quindi sinteticamente classificato come «l'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie di soggetti (c.d. garanti), muniti dei necessari poteri giuridici, di vigilare e intervenire

³² Cfr. *ibidem*.

³³ Cfr. *ibidem*. La citata ricostruzione “costituzionalmente orientata” fornirebbe ulteriori indicazioni atte a definire ancora più nel dettaglio l'ambito degli obblighi di garanzia e quindi a distinguerne i *limina* tra le varie altre posizioni soggettive di obbligo (cfr. ID., *ivi*, 51): in primo luogo, dovrebbe trattarsi (per il principio di legalità) di doveri effettivamente giuridici e non meramente morali; l'azione doverosa dovrebbe essere (per il principio di determinatezza) sufficientemente specifica (escludendosi dunque generici doveri sanciti da principi generali, eventualmente anche di rango costituzionale); gli obblighi di garanzia dovrebbero inoltre tutelare (per i principi di solidarietà e di offensività) significativi interessi altrui (con esclusione, quindi, dei semplici oneri, che riguardano unicamente gli interessi del soggetto onerato e non rilevano ai fini del diritto penale); gli stessi obblighi, infine, non potrebbero imporre (per il principio della libertà personale) il sacrificio dell'interesse equivalente o addirittura di rango superiore dell'obbligato in favore di quello altrui di rango inferiore (verrebbero perciò escluse le mere facoltà giuridiche).

direttamente sulla situazione di pericolo per impedire eventi lesivi degli altrui beni, la cui tutela è loro «affidata», per l'incapacità dei titolari di salvaguardarli appieno»³⁴.

Merita, ai fini del presente lavoro, soffermarsi brevemente sui c.d. “poteri impeditivi”. Si è visto che di essi (intesi nella loro duplice dimensione di vigilanza e di intervento, personale o tramite terzi) è stata sottolineata (sulla base, in particolare, del principio di responsabilità penale personale) l'assoluta imprescindibilità ai fini della configurazione di un'autentica posizione di garanzia³⁵; pena, altrimenti, l'inaccettabile emersione di una responsabilità per fatto altrui. Infatti, secondo il principio costituzionale appena rammentato, l'obbligo di garanzia (e dunque l'affidamento di tutela del bene ad esso sotteso) sussiste se e nei limiti in cui

³⁴ Così LEONCINI, *Obbligo*, cit., 79 (v. anche *supra* in questo stesso capitolo *sub par.* 1 per l'analogia definizione di MANTOVANI, *Diritto*, cit., 169; ID., *L'obbligo*, cit., 342).

³⁵ A ciò si aggiunge naturalmente il conferimento dei medesimi poteri da parte di una specifica fonte giuridica, nonché il loro carattere di indispensabilità per un adeguato assolvimento dell'obbligo di garanzia. Sui poteri impeditivi in generale si rinvia nuovamente a BISORI, *L'omesso*, cit., 1365 ss.; LEONCINI, *Obbligo*, cit., 152 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 169; ID., *L'obbligo*, cit. 324. Cfr. anche ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1992, 196, 214 ss.; FIANDACA, *Il reato*, cit., 130 ss., 163 ss. (ove si parla di «potere di signoria»); GRASSO, *Il reato*, cit., 237 ss.; MICHELETTI, *La posizione*, cit., 158; PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, 293; PISANI, *Controlli*, cit., 50 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, 383 (secondo cui le finalità di tutela insite nella posizione di garanzia implicano necessariamente «un potere, un dominio, una signoria nei confronti del processo di produzione dell'evento dannoso»); SGUBBI, *Responsabilità*, cit., 198 (che sottolinea come «vi sia costantemente un nesso di reciproca implicazione tra poteri di cui un soggetto è titolare ed il novero degli obblighi comportamentali che gli si rivolgono: il contenuto di doverosità della posizione deve sempre agganciarsi al contenuto di poteri della stessa»); STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1990, 56. Può rinviarsi anche alla *Relazione al «Progetto preliminare di riforma del codice penale» - Parte generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 596. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., 20-2-2008, n. 22614, in *CED* 239900 («Essenziale, al fine di delimitare il confine tra obbligo di garanzia e di sorveglianza è il riferimento agli effettivi poteri-doveri impeditivi giuridicamente conferiti all'obbligato sull'atto costituente reato. E, cioè, occorrerà distinguere a seconda che si tratti di poteri-doveri realmente “impeditivi”, direttamente incidenti sull'attività del terzo, autore del reato..., oppure di poteri-doveri che, pur finalizzati all'impedimento del reato, non prevedano l'intervento diretto dell'obbligato sull'atto che lo intera, ma, più limitatamente, l'informazione del garante o del titolare del bene sull'attività illecita del terzo»).

all'obbligo corrisponda contestualmente l'attribuzione di speculari poteri giuridici di effettivo impedimento (che possano esplicarsi in un «intervento risolutivo e diretto»³⁶) dello specifico “evento” che l'obbligo di garanzia mirerebbe ad evitare. Sono proprio tali poteri che pertanto – concordiamo – qualificano e contraddistinguono l'obbligo di garanzia (ricostruito correttamente, ed inevitabilmente, secondo i parametri costituzionali poc'anzi illustrati) rispetto ad ogni altro obbligo di *facere*³⁷: «[è] fin troppo ovvio, infatti, che senza la disponibilità in capo all'agente del complesso dei poteri giuridici necessari a evitare l'evento non sarebbe pretendibile, nei suoi confronti, l'assolvimento dell'obbligo, di talchè l'inertia non gli potrebbe essere rimproverata. Anzi, di più: in mancanza dei poteri, l'inertia non è nemmeno considerabile un'omissione e quindi una causa *giuridica* dell'evento ex art. 40, comma 2, c.p.: il ché spiega la ragione per cui la disponibilità dei poteri impeditivi, prim'ancora di rilevare sul piano della colpevolezza (*sub specie* di esigibilità), contribuisce a delimitare l'elemento oggettivo delle fattispecie omissive: nell'ambito delle quali si ritiene che la situazione di garanzia sorga solo in presenza di un adeguato conferimento di poteri giuridico-impeditivi corrispondenti all'obbligo da assolvere»³⁸.

³⁶ Così LEONCINI, *Obbligo*, cit., 77.

³⁷ Non si dimentichi naturalmente che ulteriori tratti essenziali della posizione di garanzia sono la pre-esistenza del potere-dovere impeditivo rispetto al presupposto di fatto che lo concretizza (il *periculum* che obbliga all'azione doverosa), dal momento che solo in tal modo il “garante” è messo nella condizione di poter tutelare il bene in affidamento tramite un adeguato esercizio della vigilanza e dell'intervento (eventualmente anche in chiave preventiva) che siano opportuni e necessari allo scopo; nonchè – come per tutti i reati omissivi – la ovvia possibilità materiale del garante di tenere l'azione impeditiva doverosa idonea (requisito espresso con mirabile sintesi nel noto brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*).

³⁸ Così MICHELETTI, *La posizione*, cit., 185, secondo cui i poteri impeditivi configurerebbero una forma di «*capacità giuridica*», sussistente *ex ante*, tale da trasformare il potenziale agente in autentico garante.

Appare fondamentale a questo punto ribadire la differenza (e le rispettive conseguenze in punto di responsabilità) tra obblighi di garanzia ed obblighi di sorveglianza, che ad ogni attento osservatore non può in effetti non risultare di piana chiarezza: gli obblighi di sorveglianza, che sostanzialmente impongono al soggetto gravato un mero compito di vigilanza ed informazione, non portano “in dote” al “sorvegliante” alcun reale potere impeditivo. Dunque, come detto, la violazione di quest'ultima categoria di obblighi non può assolutamente configurare una responsabilità omissiva impropria per impedimento di reati altrui, perchè altrimenti proprio l'assenza di poteri impeditivi darebbe luogo ad un'intollerabile ipotesi di responsabilità per fatto altrui³⁹. In quest'ottica, il titolare dell'obbligo di sorveglianza “in difetto” non potrebbe essere ritenuto concorrente tramite un contributo omissivo nel reato commissivo perpetrato da un soggetto sottoposto alla sua sorveglianza, dal momento che in tal caso difetterebbe proprio un'omissione penalmente rilevante nei termini “impropri” di impedimento del reato altrui. Al riguardo, come attentamente sottolineato da BISORI⁴⁰, è soprattutto in rapporto agli obblighi di impedimento di fatti illeciti altrui, consistenti necessariamente in una «fattiva limitazione dell'altrui libertà di autodeterminazione», che si apprezza l'imprescindibile importanza dei poteri impeditivi quali «non comuni e peculiari capacità di intervento» (pure ravvisabili in tutti i tipi di posizioni di garanzia e connotanti diversamente – nei termini di

³⁹ Cfr. anche PISANI, *Controlli*, cit., 61, il quale inoltre rileva che «[s]anzionare il sorvegliante con la stessa pena prevista per il fatto del sorvegliato comporta una irragionevole disparità di trattamento, che appare in contrasto con l'art. 3 della Costituzione».

⁴⁰ Cfr. BISORI, *L'omesso*, cit., 1367 (che richiama GRASSO, *Il reato*, cit., 327 ss.).

un'attribuzione di rilevanza penale – l'inerzia del “garante” rispetto a quella del *quisque de populo*, o comunque del soggetto gravato da differenti tipi di obblighi). Infatti, «una specifica previsione che ponga un obbligo (di impedimento) che si risolve in una ingerenza-interferenza nel diritto di autodeterminazione dei terzi, non può non attribuire al medesimo garante, contestualmente, un efficace potere giuridico di comando nei confronti dell'agente, non solo perchè la compressione della libertà di quest'ultimo sia riguardabile come lecita, ma anche – e soprattutto – perchè egli sia posto in grado di attivarsi con successo. In una parola, si è dinanzi ad un obbligo di garanzia volto all'impedimento dei reati altrui solamente ove l'ordinamento si faccia altresì carico di conferire, al soggetto che si istituisce come garante, specifici poteri giuridici di impedimento-comando nei confronti del reo, così ponendo il primo in grado di interferire direttamente (e lecitamente) con l'intera condotta di reato posta in essere dal secondo»⁴¹.

Spendiamo infine rapidamente qualche parola sulla diversa problematica delle fonti dell'obbligo di garanzia⁴². Come già ricordato, secondo l'impostazione che riteniamo più corretta (in quanto maggiormente attenta al principio di legalità formale in materia penale), le uniche fonti giuridiche in grado di costituire obblighi di garanzia potrebbero essere solo quelle formali; e tra di esse solo quelle di rango legislativo⁴³ ed il negozio giuridico⁴⁴.

⁴¹ Così *ibidem*.

⁴² In materia cfr. *amplius* LEONCINI, *Obbligo*, cit., 180 ss..

⁴³ Si escludono così le fonti sub-legislative, la c.d. “precedente attività pericolosa” e la c.d. “assunzione volontaria (o spontanea) unilaterale di compiti di tutela” al di fuori di ogni pre-esistente obbligo *ex lege* o *ex contractu* (cfr. *ibidem*; anche MANTOVANI, *Diritto*, cit., 173 ss.).

⁴⁴ Cfr. LEONCINI, *ivi*, cit., 222: «sembra preferibile parlare [...] di «negozio» anziché di

Più in particolare, per quanto riguarda la legge, dovrebbe trattarsi di sola legge extra-penale⁴⁵, in quanto la legge penale si presenterebbe sia inidonea che inutile allo scopo: questa, infatti, da un lato potrebbe ragionevolmente imporre il solo generico obbligo di *facere*, ma senza prevedere gli essenziali poteri impeditivi (connaturati alla posizione di garanzia) che unicamente una particolare disciplina extra-penale sarebbe in grado di dettagliare nello specifico; dall'altro, essa potrebbe comunque limitarsi a sanzionare l'inosservanza di obblighi di garanzia extra-penali tramite un semplice rinvio alla disciplina "esterna".

L'altra fonte ammessa, il contratto, a ben vedere s'impone di riflesso, sempre alla luce del principio di legalità-riserva di legge, posto che proprio l'art. 1372 c.c. attribuisce al contratto la «forza di legge tra le parti»⁴⁶. Dovrebbero considerarsi incluse tutte le forme di contratto (tipiche ed atipiche o negozi bilaterali), che trasferiscano obblighi di garanzia *ex lege* in capo ad un garante a titolo derivato o che pure costituiscano⁴⁷ obblighi di garanzia *ex novo* diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge. In ogni caso, in ossequio al basilare principio di responsabilità penale personale, al contratto dovrà comunque accompagnarsi, ai fini di un'effettiva imposizione dell'obbligo di garanzia, anche un reale trasferimento al

«contratto», rivelandosi tale seconda espressione eccessivamente restrittiva. Non sempre, infatti, la stipulazione ha per oggetto, in queste ipotesi, quei rapporti di natura prevalentemente o esclusivamente patrimoniale, che caratterizzano il contenuto del contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c. (esempio: assunzione consensuale, senza corrispettivo, di compiti di protezione)».

⁴⁵ Cfr. già CARNELUTTI, *Illiceità*, cit., 4.

⁴⁶ Cfr. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 231, 243, per una più completa spiegazione sul punto; cfr. già CARNELUTTI, *Illiceità*, cit., 5 (sebbene, all'epoca, l'illustre Autore facesse ovviamente riferimento all'art. 1123 del previgente codice civile).

⁴⁷ Sulle problematicità della questione cfr. ancora LEONCINI, *Obbligo*, cit., 227 ss.

(nuovo) garante dei poteri-doveri impeditivi, sia giuridici che fattuali, con conseguente insorgere dell'obbligo al momento della concreta attribuzione (o passaggio) dei poteri-doveri impeditivi in capo al soggetto obbligato⁴⁸.

3. (segue) Concorso e cooperazione mediante omissione. - Abbiamo detto che il genere di responsabilità omissiva che maggiormente interessa ai fini del presente lavoro è quello di tipo improprio, con specifico riferimento a quello relativo alla violazione di obblighi di garanzia del tipo di impedimento di reati, che – come visto – integrerebbe in capo all'obbligato una forma di concorso per omissione nel (non impedito) reato commissivo altrui. Anticipando lo sviluppo della trattazione, può infatti affermarsi che l'ipotesi di responsabilità intorno a cui attualmente più si discute per i membri dell'O.d.V. è proprio del suddetto genere⁴⁹, analogamente a quanto tradizionalmente ritenuto per i vertici societari e (in modo più problematico) per gli organi di controllo⁵⁰.

Prendendo dunque quale parametro di riferimento (ed ipotesi di lavoro) la responsabilità omissiva impropria per mancato impedimento di

⁴⁸ Cfr. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 197 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 173 ss.

⁴⁹ Non sembrerebbe invece ragionevole ipotizzare – anche solo in astratto – in capo ai componenti dell'O.d.V. eventuali obblighi di garanzia *sub specie* di protezione o di controllo, dal momento che gli stessi (visti i limitati compiti loro riconosciuti dal legislatore, su cui v. *infra sub cap. 2 par. 1.*) non potrebbero dirsi gravati dalla “tutela” della struttura societaria contro tutte le forme di aggressione a suo danno, né deterrebbero alcun tipo di “signoria” sulla medesima che permetterebbe di proteggere tutti i beni “esterni” da ogni possibile pericolo derivante dallo svolgimento dell'attività d'impresa (per la quale, peraltro, sarebbe anche arduo sostenere, in generale, un'intrinseca pericolosità).

⁵⁰ La letteratura in materia è pressochè sterminata; tra i più recenti può rinviarsi (anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici) a CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, e PISANI, *Controlli*, cit.

reati altrui⁵¹, possiamo intanto affermare che anche in presenza di un mero “obbligo di sorveglianza” (come quello che – come già anticipato, e come meglio vedremo oltre – riteniamo gravi sui membri dell'O.d.V.) nessuno dubita della punibilità per concorso ai sensi dell'art. 110 c.p. del soggetto obbligato che si accordi dolosamente con il sorvegliato per omettere la

⁵¹ Si discute in dottrina sulle “modalità di tipizzazione” del concorso mediante omissione nel reato commissivo. L'orientamento prevalente considera il concorso per omissione del soggetto investito di una posizione di garanzia punibile per effetto della “combinazione” della clausole generali di cui agli artt. 40, co. 2, e 110 c.p. con la singola fattispecie commissiva di parte speciale: cfr. ALDROVANDI, *I “modelli di organizzazione e di gestione” nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell’“ingerenza penalistica” nel “governo” delle società*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2007, 460 (che ricorda «la dirompente forza estensiva della tipicità (talora, nelle più spinte applicazioni giurisprudenziali, addirittura eversiva rispetto ai principi costituzionali di legalità e di personalità della responsabilità) che caratterizza il combinarsi dell'istituto concorsuale (già di per sé in naturale ed inevitabile tensione rispetto al principio di legalità, in particolare sotto il profilo della tassatività) con il reato omissivo improprio»); FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale, Vol. I: Il sistema della parte speciale*, Padova, 2009, 47; LEONCINI, *Obbligo*, cit., 353 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 546; RISICATO, *Combinazione*, cit., 376 ss. (la quale mette comunque in guardia dalla «più insidiosa e ambigua specie di “interferenza” tra forma di manifestazione del reato», poiché «la già delicatissima struttura dell'art. 40 cpv. si «fonde» con la clausola generale di cui all'art. 110 c.p., determinando un fenomeno di reciproca integrazione «parassitaria»: il concetto di «concorso» nel reato si estende sino ad assorbire contributi causali di tipo omissivo, purchè assistiti da un obbligo giuridico di attivarsi; mentre il requisito costitutivo dell'«evento non impedito» ex art. 40 cpv. si ingigantisce fino a coincidere con l'onnicomprensiva nozione di «reato» richiamata dall'art. 110 c.p. Il rischio sotteso a siffatta operazione è, da un lato, quello di una moltiplicazione incontrollata della già di per sé notevole vis espansiva dell'art. 110 c.p.; dall'altro, quello della creazione di autentiche forme di responsabilità per posizione fondate unicamente sulla sussistenza di obblighi di controllo e sorveglianza sull'altrui operato e suscettibili – in assenza di un'accorta interpretazione restrittiva o di un auspicabile futuro intervento legislativo – di trasformarsi in forme occulte di *versari in re illicita*»); ID., *La partecipazione*, cit., 1267 ss. Diversamente, segnaliamo come un'interessante lettura (cfr. BISORI, *L'omesso*, cit., 1379) abbia osservato che la responsabilità omissiva impropria per difetto di impedimento di reato altrui configurerebbe «una forma necessaria di concorso» (in senso “descrittivo”, s'intende), tra il garante “omissivo” e l'altro soggetto “attivo”, «poichè l'autonomia delle due condotte (quella attiva e quella omissiva) è solo formale, e non sostanziale: l'omissione deve necessariamente accedere all'azione delittuosa altrui, ha sempre bisogno del reato altrui per mutuarne tipicità e disvalore». Entrambi i soggetti, terzo e garante, risponderebbero della medesima fattispecie astratta di reato, sebbene le due condotte «si equivalgono, ma non coincidono», posto che a ben vedere l'equivalenza stabilita dall'art. 40 c.p. assimilerebbe l'inerzia del garante non alla condotta del terzo, ma alla ipotetica condotta attiva dello stesso garante. Secondo questa impostazione, in una simile ipotesi di responsabilità concorsuale la disciplina generale di cui agli artt. 110 ss. c.p. troverebbe applicazione solo in funzione di regolamentazione, giacchè nel campo dell'omissione la funzione incriminatrice verrebbe svolta interamente (quindi anche in relazione ai contributi di partecipazione) dall'art. 40, co. 2, c.p. L'applicazione della clausola estensiva dell'art. 110 c.p. sarebbe infatti tanto superflua quanto inammissibile: in questo senso la «combinazione cumulativa dei rispettivi

sorveglianza dovuta, così prestando un contributo morale (di c.d. “determinazione” o “rafforzamento” del proposito criminoso) alla realizzazione dell'illecito, poiché si tratterebbe comunque di un contributo non omissivo bensì a tutti gli effetti attivo (al riguardo, pertanto, si dovrebbe semplicemente ricorrere all'applicazione dei principi generali – con tutte le connesse problematiche – in materia di concorso attivo, nelle sue varie sfaccettature e possibili combinazioni di titoli di responsabilità).

Più complesso appare invece il quadro in presenza di una possibile omissione di natura colposa da parte del soggetto investito del medesimo obbligo di sorveglianza: *quid iuris* circa una sua eventuale rilevanza rispetto al fatto (anch'esso colposo, oppure doloso) commesso dal sorvegliato? In questa diversa ipotesi evidentemente non emergono le problematiche relative all'art. 40 c.p. ed ai suoi rapporti con le norme incriminatrici del concorso (nello specifico l'art. 113 c.p.): se infatti non vi è un autentico obbligo di garanzia (ma, nel caso, solo un generico obbligo di sorveglianza⁵²) non si applica l'art. 40, co. 2, c.p., ma soltanto – eventualmente – l'art. 113 c.p. La domanda, più precisamente, dovrebbe dunque essere se un'omissione “generica” (comunque non di tipo

effetti espansivi della tipicità» determinerebbe «un progressivo allontanamento esponenziale dalla tipicità “originaria” espressa dalla fattispecie monosoggettiva-commissiva», con ulteriori «insanabili difficoltà di determinatezza». In conclusione, le due clausole opererebbero in via alternativa e non cumulativa: l'art. 110 c.p. troverebbe applicazione in caso di contributo attivo al fatto di reato altrui, mentre l'art. 40 c.p. per i contributi omissivi. In senso analogo cfr. PALAZZO, *Concorso*, cit., 1111 ss. Sotto altro profilo rimane dibattuta anche – e soprattutto – la questione se il concorso per omissione possa configurarsi rispetto a tutti i tipi di reato (altrui), oppure solo per i reati di evento causalmente orientati: v. *supra sub* nota 20.

⁵² Identiche osservazioni evidentemente potrebbero essere svolte qualora lo stesso soggetto fosse gravato, nel medesimo contesto, anche di un parallelo obbligo di attivarsi (quale potrebbe essere, in ipotesi, quello di comunicazione o segnalazione di determinati fatti ad altri specifici soggetti o enti; per l'O.d.V. v. *infra sub* cap. 2): in entrambi i casi infatti non potrebbero essere applicati i canoni e la disciplina della responsabilità omissiva impropria.

“improprio” ex art. 40, co. 2, c.p.) possa valere quale contributo colposo rilevante ai sensi dell'art. 113 c.p. rispetto ad un fatto colposo altrui.

Nella pratica giudiziaria il problema si è effettivamente posto riguardo alla posizione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione (o R.S.P.P.) contemplato dal D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626⁵³: sul punto la giurisprudenza di legittimità aveva reso un'interpretazione – che non riteniamo condivisibile⁵⁴ – della cooperazione colposa a mezzo omissione secondo cui il R.S.P.P., «ancorchè privo di poteri decisionali e di spesa, può, tuttavia, essere ritenuto corresponsabile del verificarsi di un infortunio (nella specie, mortale), ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere, nel sistema elaborato dal legislatore, che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione».

In materia per vero scarseggiano specifiche indicazioni da parte della dottrina, che generalmente si è per lo più focalizzata sui rapporti tra le varie clausole estensive previste dagli artt. 40, co. 2, 110 e 113 c.p.⁵⁵ Nel caso di

⁵³ Ci si riferisce alla sentenza della Cassazione, Sez. IV, 15-2-2007, Fusilli, in *Cass. Pen.*, 2008, 2033, con nota di POTETTI, *Il servizio di prevenzione e protezione nel d.lg. n. 626 del 1994, in tema di sicurezza e salute dei lavoratori*. Più recentemente cfr. *Cass. pen.*, Sez. IV, 11-3-2013, n. 11492, G.R. e a., su www.aodv213.it. Si veda, in altro ambito, la risalente *Cass. pen.*, Sez. IV, 24-11-1961, Livelli, in *Cass. Pen.*, 1962, 332; cfr. anche *Cass. pen.*, Sez. Un., 25-11-1998, Loparco, in *Riv. Pen.*, 1999, 469.

⁵⁴ Come noi CENTONZE, *Controlli*, cit., 414.

⁵⁵ Per la configurabilità del concorso colposo con contributo omissivo cfr. POTETTI, *Il servizio*, cit. (che avalla la succitata decisione della Suprema Corte); RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 151 ss., per cui la combinazione tra le clausole di cui agli artt. 40 e 113 c.p. sarebbe «certamente discutibile da un punto di vista politico criminale, ma tecnicamente ineccepibile», sebbene l'Autore tratti del problema opposto della punibilità del soggetto concorrente a titolo colposo con il garante; cfr. anche ALBEGGIANI, *La cooperazione colposa*, in *Stud. Iur.*, 2000, 515 ss.. *Contra*, ALDROVANDI, *Concorso*, cit., 175 ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1988, 480, il quale, sempre in riferimento alla

studio ci troviamo invece, come detto, in un campo in cui – mancando un qualsivoglia obbligo di garanzia in capo al soggetto con esclusivi compiti di sorveglianza – l'art. 40, co. 2, c.p. semplicemente non rileva. Tuttavia, a ben vedere, la disciplina dell'omissione impropria basata sulla clausola di conversione di cui allo stesso art. 40, co. 2, c.p. “rientra in gioco” – si direbbe *a contrario* – per “chiudere il cerchio” ed aiutare ad inquadrare e risolvere il problema in esame: infatti, se – si è detto – presupposto fondamentale perchè in via generale (cioè al di fuori di singole fattispecie incriminatrici omissive di parte speciale) possa aversi *ex art. 40, co. 2, c.p.* un'inerzia rilevante come “omissione impropria” (valga poi ai fini di una responsabilità monosoggettiva oppure plurisoggettiva) è la presenza di un obbligo di garanzia (che, in base appunto all'art. 40, co. 2, c.p., tipizza le omissioni penalmente rilevanti), se ne deve dedurre che la violazione di un qualsiasi altro tipo di obbligo (di sorveglianza, come anche di attivarsi), che non sia già punito autonomamente, risulterà del tutto irrilevante tanto in ambito monosoggettivo quanto (pure quale “contributo agevolatore”) ai fini di un possibile concorso di persone. Chiarisce perfettamente il punto

LEONCINI⁵⁶: «[i]l problema dell'ammissibilità della agevolazione si atteggia

punibilità del terzo non garante, sostiene che la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. nell'ipotesi di reati omissivi impropri «implica una incontrollabile dilatazione delle posizioni di garanzia, assolutamente contraria ad una ragionevole operatività del principio di equivalenza, stabilito dall'art. 40 c.p.», cosicché si perverrebbe «ad un allargamento di tipo analogico di tutte le fattispecie commissive mediante omissione, improntato ad un generalizzato e onnicomprensivo criterio solidaristico»; l'Autore conclude ritenendo tale esito «assolutamente inaccettabile e contrastante con l'esigenza di una precisa delimitazione di questa tipologica di illeciti». Sul tema cfr. inoltre RISICATO, *Combinazione*, cit., 114 ss., 376 ss., e SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 190 ss.

⁵⁶ Cfr. LEONCINI, *Obbligo*, cit., 382. L'Autrice specifica inoltre che «funzione dell'art. 40/2 non è tanto disciplinare il rapporto di causalità tra l'omissione e l'evento (che è regolato, al pari della causalità attiva, dagli artt. 40/1 e 41), bensì offrire il criterio di tipizzazione della condotta omissiva integratrice della fattispecie omissiva impropria. Ciò

in modo diverso con riferimento alle condotte attive ed omissive. Sulla configurabilità di un contributo non causale integrato da una condotta attiva permangono delle incertezze, potendosi discutere la correlazione tra l'art. 110 e gli artt. 40 e 41, implicitamente affermata dai fautori della teoria causale, ovvero sull'autonomia della fattispecie plurisoggettiva rispetto alla

significa che la valutazione della tipicità del contributo concorsuale omissivo non potrà mai prescindere dal riferimento all'art. 40/2. Infatti, ponendo tale norma l'obbligo di garanzia come requisito imprescindibile dell'imputazione obiettiva, ne deriva che le omissioni violatrici di obblighi diversi debbono considerarsi atipiche sia rispetto alla fattispecie monosoggettiva, sia a quella plurisoggettiva. Pertanto, se con riferimento alle condotte attive l'individuazione dei singoli contributi concorsuali punibili muove dalla valutazione fattuale del loro concreto apporto alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva, una mera valutazione sul piano fattuale è invece priva di significato con riferimento alle condotte omissive, le quali non sono in grado di «concorrere», sul piano naturalistico, alla realizzazione di alcunchè. Ciò non significa che l'apporto omissivo al fatto tipico non possa variare in concreto, per intensità o gravità, o peggio, che da un tale accertamento si possa prescindere; bensì, soltanto, che la sua valutazione concreta non potrà avere luogo che in un secondo tempo e, cioè, dopo aver individuato l'azione impeditiva doverosa. E l'unico parametro consentito per l'individuazione di tale condotta è l'art. 40/2, che riconosce come tipica ai sensi, sia della fattispecie monosoggettiva, sia plurisoggettiva, l'azione doverosa corrispondente all'obbligo di garanzia. Il problema si sposta, dunque, dal terreno della valutazione del concreto apporto su quello esclusivo della tipicità» (381, ove in nota viene citato PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987, 571 ss.: «l'art. 40 cpv. pone una presunzione assoluta di irricognoscibilità del significato, quando il non impedire l'evento non costituisce violazione di un obbligo giuridico»). Cfr. anche RISICATO, *Combinazione*, cit., 411 ss. (che richiama e appoggia proprio l'impostazione sostenuta da Leoncini): «[I]a tesi in esame risulta particolarmente importante ai nostri fini: essa esclude infatti la rilevanza di forme di mera *agevolazione negativa* dell'evento-reato che esulino «assiologicamente» dall'ambito di operatività dell'art. 40 cpv., e vincola pertanto la rilevanza e la legittimità della partecipazione mediante omissione alla materiale possibilità, per il garante, di effettuare l'azione impeditiva doverosa». In proposito appare interessante, ai fini del presente lavoro, anche la tesi presentata dalla stessa Autrice (seppur minoritaria in dottrina) che escluderebbe la rilevanza penale di un'omissione «impropria» rispetto a fattispecie di evento a forma vincolata (v. già *supra sub* nota 20) – pena una funzione «eversiva», piuttosto che «estensiva», dell'art. 110 c.p. rispetto al principio di frammentarietà – perchè la responsabilità per omesso impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p. non potrebbe prescindere da un evento in senso naturalistico neanche quando venga in considerazione una vicenda plurisoggettiva, posto anche il carattere eccezionale della medesima responsabilità del garante (garante che nella compartecipazione mediante omissione risulterebbe sempre «coautore»: «[s]e [...] il concetto di «obbligo giuridico di impedire l'evento» nasce per colmare il *deficit* di tipicità dei reati commissivi mediante omissione, è quanto meno doveroso pensare che gli estremi dell'omissione penalmente rilevante debbano *equivalere* – ai fini della responsabilità penale – al compimento della fattispecie tipica prevista in chiave commissiva dalla norma incriminatrice di parte speciale. Diversamente correremmo il rischio di incriminare omissioni assolutamente irrilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità penale, violando il disposto dell'art. 40 cpv. c.p. L'equivalenza non può porsi tra l'azione ed un contributo omissivo meramente accessorio, pena il rischio di creare inaccettabili confusioni tra lecito ed illecito»). L'Autrice (che comunque – va detto – non opera una distinzione

disciplina della causalità dettata per il reato monosoggettivo, affermata invece dai fautori della teoria delle tipologie ontologiche della condotta. La soluzione è [...] obbligata per quanto riguarda la compartecipazione omissiva, non essendo configurabile un contributo omissivo «agevolatore» al di fuori del combinato disposto degli artt. 40/2 e 110», cosicché «[s]alvo un'eventuale incriminazione espressa sulla base di una norma incriminatrice della pura omissione, deve essere esclusa la riconducibilità al concorso mediante omissione, e pertanto la rilevanza penale, anzitutto della omissione colposa della sorveglianza dovuta; ma anche della omissione dolosa, ancorché soggettivamente diretta a consentire la realizzazione, da parte di terzi, del reato. Infatti il solo elemento soggettivo non può mutare la rilevanza del contributo, atipico rispetto agli artt. 40/2 e 110. Perciò, soltanto il caso della omissione dolosa, di concerto con l'autore della condotta illecita, sembra poter assumere rilievo ai sensi della fattispecie plurisoggettiva di concorso. Ciò, peraltro, non in quanto l'omissione possa essere ritenuta valido contributo materiale alla realizzazione del reato, ma unicamente ove si accerti che l'assicurazione, da parte del titolare

chiaro circa i vari tipi di obbligo giuridico) conclude quindi valorizzando l'elemento psicologico e ritenendo perciò come del tutto irrilevanti quelle condotte omissive che non si inquadrino nel meccanismo di cui all'art. 40, co. 2, c.p. (che già incriminerebbe autonomamente – senza cioè il ricorso alla clausola dell'art. 110 c.p. – l'omissione del garante) e non siano assistite da una piena “consapevolezza di collaborare” (del pari l'Autrice dice in caso di mera “consapevolezza unilaterale”, che invece – come noto – sarebbe sufficiente per punire a titolo di concorso un effettivo “garante”; all'opposto, al di fuori dell'applicazione dell'art. 40, co. 2, c.p. il “concerto” tra i compartecipi potrà eventualmente valere – come già visto – solo nell'ambito del concorso morale attivo), mentre «in assenza di un obbligo giuridico di attivarsi o di un evento in senso naturalistico, l'omissione – dolosa o colposa – rileverà solo in quanto sia prevista dal legislatore come reato. L'omissione dello *Hintermann* sarà cioè fonte di responsabilità penale, a prescindere dal concorso con l'azione illecita di terzi, solo qualora il legislatore abbia provveduto a renderla tipica. Si prospetta così una serie di reati dolosi o colposi indipendenti: soluzione certamente in linea con i principi di tassatività e di riserva di legge».

dell'obbligo di sorveglianza, di non intervenire per ostacolare la realizzazione del reato, rappresenti contributo morale, avendo fatto insorgere o rafforzato il proposito criminoso dell'agente».

In altri termini, più in generale, laddove il soggetto “omittente” non risulti gravato di un obbligo di garanzia o di altro tipo (sempre comunque giuridico, s'intende) la cui violazione non sia “tipizzata” (o “tipizzabile” in virtù dell'art. 40, co. 2, c.p.) quale reato omissivo (generalmente di natura monosoggettiva, eccezion fatta per l'omesso impedimento di reati), non pare ragionevolmente ammissibile attribuire rilievo in ambito plurisoggettivo (ai sensi delle clausole estensive previste dalla disciplina concorsuale) a quella stessa omissione che l'ordinamento non ritiene penalmente rilevante in forma monosoggettiva o comunque ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p. (e la stessa conclusione evidentemente s'imporrebbe nel caso opposto di incriminazione delle medesime omissioni, proprio perchè in questo modo il legislatore avrebbe già delimitato ogni loro possibile rilevanza penale⁵⁷).

In questo senso, dunque, un ipotetico ricorso alla formula (già peraltro eccessivamente ampia, quasi al pari di quella dell'omologo doloso di cui all'art. 110 c.p.⁵⁸) dell'art. 113 c.p. non potrebbe valere (diversamente da

⁵⁷ Qui infatti il soggetto inosservante all'obbligo verrebbe punito già (e soltanto) sulla base della fattispecie monosoggettiva omissiva oppure in ragione della clausola di cui all'art. 40, co. 2, c.p. (cfr. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 545).

⁵⁸ In materia, tra i molti, cfr. BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 227 ss.; CONTENTO, *Magistratura, giurisprudenza penale e potere politico*, in *Ind. Pen.*, 1981, 45 ss.; ID., *Il contributo della riflessione sulla prassi giurisprudenziale alla riforma del codice penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive. Atti del convegno (Palermo, 7-10 novembre 1991)*, Milano, 1993, 78 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 453; GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 131 ss.; INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 441 ss.; MONACO, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti*

quanto ritenuto per le condotte attive) per conferire una tipicità concorsuale di natura colposa ad una eventuale omessa sorveglianza⁵⁹: l'estensione della tipicità operata dall'art. 113 c.p. per i contributi attivi eventualmente atipici rispetto alla fattispecie di parte speciale, nel caso dei contributi *lato sensu* omissivi risulterebbe, *in primis*, quale indebito aggiramento della regola prevista dall'art. 40, co. 2, c.p. (con cui già il legislatore ha inteso selezionare le omissioni di non impedimento che, in via generale, possano assurgere alla rilevanza penale)⁶⁰; oltretutto, sotto un diverso profilo, tale

introduttivi, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 129; MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 415 ss.; PAPA, *Art. 110*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2005, 567; RISICATO, *Combinazione*, cit., 41 ss., 56 ss.; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 300; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 1 ss., 255 ss.

⁵⁹ In senso sostanzialmente analogo circa i limiti alla funzione incriminatrice-estensiva dell'art. 113 c.p. in assenza di un obbligo giuridico di impedimento (seppure rispetto alla diversa ipotesi di concorso per omissione in reato omissivo: v. già *sub* nota 55), SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione*, cit., 199, 201, 205. L'Autrice oltretutto esclude dall'alveo della cooperazione colposa la "causalità agevolatrice" (quantomeno rispetto ai reati colposi causalmente orientati): «[I]o stesso concetto [la causalità agevolatrice; N.d.R.] non può invece entrare a far parte di una fattispecie concorsuale generale, del tipo di quella disciplinata dall'art. 113 c.p., la quale è chiaramente connotata, attraverso l'uso dell'espressione «cooperazione che cagiona l'evento» in termini di stretta causalità. Né sembra che la cosiddetta causalità agevolatrice, intesa in tali termini, possa svolgere un corretto ruolo di tipicizzazione causale – in fattispecie causalmente orientate – di condotte che non hanno cagionato il risultato criminoso, ma si siano limitate ad esercitare su di esso un generico influsso agevolatore» (51). Nello stesso senso cfr. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, 37 ss. Sul contributo agevolatore in generale cfr. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, *passim*. Naturalmente resta qui impregiudicata la problematica, ulteriore e diversa, riguardante il profilo soggettivo, circa la possibile configurabilità di un concorso colposo nel delitto doloso (cfr. in generale MANTOVANI, *Diritto*, cit., 550 ss.). Preme al riguardo sottolineare come la scelta qui operata di affrontare esclusivamente uno dei tratti oggettivi della responsabilità omissiva di tipo improprio (pure imposta anche – come anticipato – da imprescindibili esigenze di spazio) non è dettata da un (inconcepibile) disinteresse in chi scrive verso le problematiche della colpevolezza, ma dalla ferma convinzione del rilievo primario dell'analisi dell'aspetto materiale del reato, il cui esatto inquadramento l'esame dell'elemento soggettivo necessariamente presuppone (ci sia permesso di aggiungere l'impressione che, all'opposto, i numerosi e vasti approfondimenti teorici sviluppatasi in merito a dolo e colpa possano forse rappresentare una sorta di inconscia "compensazione" rispetto ad un non perfettamente completo studio delle componenti oggettive della responsabilità penale).

⁶⁰ Esclude la possibilità di configurare un concorso colposo per omissione nel reato commissivo altrui (sebbene non distinguendo esattamente tra obblighi di garanzia ed obblighi di vigilanza o sorveglianza) anche ALDROVANDI, *Concorso*, cit., 172, ma

operazione ermeneutica incontrerebbe degli ulteriori limiti nella generale eccezionalità della responsabilità omissiva (di cui quindi s'impone necessariamente un'applicazione restrittiva) e nel fondamentale principio di responsabilità penale personale (baluardo, in campo omissivo, contro perniciose derive verso forme occulte di responsabilità per fatto altrui)⁶¹; senza considerare, infine, che in riferimento all'art. 113 c.p. l'analisi dovrebbe farsi ancora più rigorosa, in ragione della eccezionalità della stessa responsabilità colposa postulata dall'art. 42, co. 2, c.p.⁶².

valorizzando il profilo psicologico: «[i]n ipotesi di violazione di obblighi di sorveglianza (spettanti, ad es., – secondo le impostazioni prevalenti sia in dottrina, sia in giurisprudenza – al dante causa nel caso di trasferimento di funzioni), il rimprovero che si muove al soggetto obbligato è, per lo più, quello di non aver controllato l'attività di un terzo, ed implica, pertanto, la mancata rappresentazione della condotta (tipica) altrui, sicchè si deve escludere che il soggetto tenuto all'attività di vigilanza possa rispondere penalmente della propria condotta omissiva ai sensi di una fattispecie plurisoggettiva colposa». L'Autore (che sostiene l'opportunità di un'abrogazione dell'art. 113 c.p.) evidenzia puntualmente il rischio (in particolare nel settore del “diritto penale dell'economia”) che si faccia ricorso alla norma sulla cooperazione colposa «come ad una «formula magica», adatta per ogni occasione, per pervenire all'incriminazione di qualsiasi condotta che, pur se monosoggettivamente atipica, sia ritenuta meritevole di sanzione, aprendo in tal modo un'evidente «breccia» nel principio di legalità formale». Seppur in riferimento al dolo, ricorda l'importanza dell'elemento soggettivo (contro le derive giurisprudenziali in materia di “dolo eventuale”) anche ALESSANDRI, *Impresa*, cit., 216: «[d]ev'essere tenuto però ben fermo che per la responsabilità dolosa si esige la conoscenza dei fatti potenzialmente generatori di danno e la previsione degli sviluppi innescati da un determinato comportamento. Non appare per contro sufficiente una vaga conoscenza dell'iter criminoso – malamente camuffata nelle formulette giurisprudenziali del «non poteva non sapere» – che può interessare, semmai, solo il campo della colpa. Né l'atteggiamento, pur censurabile, di disinteresse dell'amministratore, che non si cura della gestione, è in grado di proiettare la responsabilità nell'orbita dolosa, proprio perchè [...] l'inadempimento del dovere di controllo preclude quella «conoscenza dell'illecito da impedire» che costituisce il primo elemento del dolo».

⁶¹ V. *supra* in questo stesso capito *sub par.* 1.

⁶² Cfr. RISICATO, *Combinazione*, cit., 142 (secondo cui il concorso colposo rimarrebbe tuttora un «nodo irrisolto» per la dottrina italiana); anche ID., *La partecipazione*, cit., 1276 (ove si sostiene l'imprescindibile rispetto a fini interpretativi del principio di frammentarietà, che raccomanderebbe un'interpretazione restrittiva piuttosto che estensiva della clausole incriminatrici di parte generale). Cfr. inoltre ALBEGGIANI, *La cooperazione*, cit., 519, il quale sottolinea anche la «fondamentale differenza tra le istanze politico criminali alla base del concorso doloso e quelle sottese alla cooperazione colposa: solo nel primo caso si avvertirebbe infatti – già a livello di mera sensibilità giuridica, prima ancora che a livello razionale – la necessità di punire contributi marginali (quelli, appunto, rilevanti come ipotesi di mera *causalità agevolatrice*), caratterizzati però da un forte disvalore di azione e da un'elevata pericolosità sociale. Ciò spiegherebbe, da un canto, la ragione per la quale la giurisprudenza sembra riportare all'art. 113 c.p. quasi esclusivamente condotte dotate di efficacia causale condizionale e, dall'altro, perchè – conseguentemente – è estremamente difficile che la stessa giurisprudenza si ponga, in ambito colposo, il

In conclusione – riassumendo – ci sentiamo di poter sostenere che, in ragione della generale eccezionalità del paradigma omissivo, debba ritenersi che le uniche omissioni punibili non possano essere altre che quelle previste in modo espresso da fattispecie di parte speciale (quali reati omissivi propri) oppure quelle cui sia applicabile (in quanto concretizzanti violazioni di veri e propri “obblighi di garanzia”) la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, co. 2, c.p.; ogni altro tipo di comportamento omissivo (meglio definibile a questo punto come semplice e generica “inerzia”) non può che considerarsi come del tutto irrilevante per l'ordinamento penale. Nella prospettiva qui tracciata con questa ricostruzione improntata al rispetto dei principi costituzionali in materia di responsabilità omissiva, a nulla potranno valere le clausole (peraltro già maltollerate nell'attuale contesto normativo di matrice costituzionale, in quanto – tra le varie – eccessivamente vaghe ed indeterminate) di cui agli artt. 110 e 113 c.p. per dare ingresso nel sistema ad ulteriori forme di omissione: le condotte omissive considerate atipiche rispetto alle norme incriminatrici di parte speciale come ai sensi della clausola di cui all'art. 40, co. 2, c.p. non potranno riacquistare “surrettiziamente” tipicità in base alle norme sulla partecipazione nel reato,

problema del contributo minimo penalmente rilevante»; e già ALDROVANDI, *Concorso*, cit., 49 ss.: «la più elevata pericolosità delle condotte dolose rispetto a quelle colpose si accresce in misura esponenziale nella fattispecie plurisoggettiva eventuale, che esalta, per così dire, le caratteristiche fondanti la maggiore pericolosità dell'illecito doloso rispetto a quello colposo, rintracciabili nel «maggior dominio sul fatto» e nell'«insidiosità e pericolosità dovute all'organizzazione finalistica delle condizioni favorevoli al verificarsi dell'evento». [...] In altri termini, mentre è evidente l'idoneità di un peculiare strumento organizzativo, quale il concorso (doloso), ad incidere sulla pericolosità oggettiva di un illecito che si intende realizzare proprio attraverso l' «organizzazione finalistica delle condizioni favorevoli al verificarsi dell'evento», ben poco sembra possa aggiungere in termini di pericolosità oggettiva di un illecito (colposo) posto in essere attraverso la violazione di norme cautelari la presenza di contributi di più soggetti, ciascuno (o qualcuno) dei quali si rappresenti l'altrui condotta».

giacchè altrimenti vi sarebbe anche una contraddizione sistematica (intra-codicistica) tra disciplina del concorso e disciplina dell'omissione.

CAPITOLO SECONDO
L'ORGANISMO DI VIGILANZA

1. Caratteristiche e funzioni specifiche. - Con l'introduzione del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, il legislatore ha creato quella che apparirebbe come una nuova, particolare, figura di “controllore endo-societario”: l'Organismo di Vigilanza (O.d.V.), detto anche – mutuando l'espressione dalla tradizione americana – “*compliance officer*”⁶³.

L'O.d.V. rappresenterebbe invero un “controllore eventuale”, poiché il decreto non sembra imporre come necessaria la sua presenza. La sua costituzione (ed effettivo funzionamento), infatti, è stata prevista dal D.Lgs. n. 231/2001 esclusivamente quale una delle condizioni per l'esonero della responsabilità dell'ente ricollegate all'adozione (anch'essa ritenuta dalla maggioranza della dottrina un semplice onere⁶⁴) del c.d. “modello organizzativo”⁶⁵. Oltretutto, i commi 4 e 4 *bis* dell'art. 6 del D. Lgs. n.

⁶³ Per una panoramica comparatistica cfr. soprattutto DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, *passim* e DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2008, 69; per alcuni cenni di sintesi cfr. TIEDEMANN, *La responsabilità da reato dell'ente in Europa: i modelli di riferimento per le legislazioni e le prospettive di armonizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, 1.

⁶⁴ Al riguardo cfr. BARTOLOMUCCI, *Amministratore diligente e facoltativa adozione del compliance program ex D.Lgs. n. 231/2001 da parte dell'ente collettivo*, in *Le Soc.*, 2008, 1507; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 1146; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 83; SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, IPSOA, a cura di Alessandri, 2002, 67. *Contra*, PULITANÓ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 429, 431 (che vede un semplice onere nel caso dell'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001, mentre un vero e proprio obbligo ai sensi dell'art. 7). In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. VI, 9-7-2009, n. 36083, in *CED* 244256.

⁶⁵ Sulla qualificazione dogmatica da attribuire alla formula legislativa «l'ente non risponde» (che peraltro è poi destinata a sviluppare i suoi effetti problematici in sede probatoria), la dottrina è divisa tra chi vi riconosce una “scusante”, incidente su quella che sarebbe la colpevolezza “normativa” dell'ente (cfr. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 107; DE VERO, *Struttura*, cit., 1136; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim.*

231/2001 permettono che negli «enti di piccole dimensioni» e nelle società di capitali i compiti propri dell'O.d.V. possano essere svolti – rispettivamente – dall'organo dirigente e dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione.

In ogni caso è stato rilevato come la disciplina dell'O.d.V., nel panorama dei vari soggetti cui in ambito societario sono affidati compiti *lato sensu* di controllo, sarebbe quella più lacunosa ed indeterminata⁶⁶. Iniziamo dunque ricordando quali sarebbero i compiti attribuiti a tale organo alla luce delle poche indicazioni normative in materia. Si tratta di compiti «del tutto inediti, in quanto collegati appunto con il funzionamento e l'aggiornamento del nuovo istituto dei compliance programs»⁶⁷. L'art. 6, co. 1, lett. b), del citato D. Lgs. n. 231/2001 ha indicato la funzione essenziale dell'O.d.V. nel «compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento», che confluisce nella più generale “efficace attuazione” dei modelli stessi da parte dell'ente di cui alla lettera a) dell'articolo in parola⁶⁸. Pare al riguardo indubbio che l'organismo debba

Dir. Pen. Ec., 2004, 10; PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 26; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda e Seminara, Padova, 2002, 76) e chi invece una “causa di esclusione della punibilità” (MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, 64; PULITANÓ, *La responsabilità*, cit., 428).

⁶⁶ Cfr. GIUNTA, *Attività*, cit., 18; nello stesso senso DE VERO, *Struttura*, cit., 1145.

⁶⁷ Così DE VERO, *La responsabilità*, cit., 183; BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 161.

⁶⁸ In effetti l'art. 6 del decreto non include l'O.d.V. tra gli elementi indefettibili dei modelli organizzativi elencati al comma 2, ma l'essenzialità dell'organismo (comunque indubbia – ai sensi della lettera b) del comma 1 della norma in argomento – ai fini dell'esonero di responsabilità dell'ente) può ricavarsi implicitamente dalla lettera d) dello stesso comma 2, che richiede gli «obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli» (cfr. SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 177).

dotarsi di strumenti e procedure per monitorare le attività aziendali al fine di verificarne la conformità ai modelli adottati⁶⁹; qualche perplessità suscita invece la “cura dell'aggiornamento dei modelli” che sembra interferire con le prerogative dell'organo dirigente: posto che l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli medesimi sono affidate in via esclusiva agli amministratori (art. 6, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 231/2001), dovrebbe ragionevolmente concludersi – nella già denunciata incertezza del dato normativo – che all'O.d.V. (peraltro in grado, proprio sulla base della propria attività ispettiva, di valutare quali sarebbero le modifiche più opportune) spetti esclusivamente un potere d'impulso per l'aggiornamento dei modelli, che poi verrà materialmente effettuato dal *management*. Sulla base del disposto dell'art. 6, co. 2, lett. e), D.Lgs. n. 231/2001, si sostiene inoltre che all'O.d.V. spetti anche un'attività di promozione dell'azione disciplinare per i casi di «mancato rispetto delle misure indicate nel modello»⁷⁰.

Schematicamente è possibile affermare (sulla base delle indicazioni fornite dalle associazioni di categoria) che la funzione dell'O.d.V. si concretizzi nelle seguenti attività⁷¹:

A) innanzitutto, la vigilanza sull'effettività del modello (che si sostanzierebbe nella verifica della coerenza tra i comportamenti

⁶⁹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 183.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁷¹ In proposito cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001*, su www.confindustria.it, 33. In generale può rinviarsi anche a ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, su www.abi.it; ANIA, *Linee guida per il settore assicurativo ex art. 6 d. lgs. 8-6-2001, n. 231, responsabilità amministrativa delle imprese di assicurazione*, su www.ania.it. Cfr. anche BASTIA, *I modelli*, cit., 166; CERQUA, *Art. 6*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Roma, 2010, 134; LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura Palazzo e Paliero, Padova, 2007, 2316.

concreti ed il modello istituito), unita alla disamina circa l'adeguatezza del modello (ossia della sua reale – e non meramente formale – capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti) ed all'analisi sul suo mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità. In proposito, più nel dettaglio, l'O.d.V. dovrebbe svolgere tale primaria funzione secondo queste cadenze operative:

- a) verifica periodica delle attività e delle operazioni individuate nelle aree di rischio;
- b) valutazione della correttezza, adeguatezza e coerenza delle procedure autorizzative utilizzate nel modello di riferimento;
- c) raccolta ed elaborazione delle informazioni dei responsabili delle unità operative, al fine di vigilare sull'adeguatezza e sull'aggiornamento dei protocolli;
- d) controllo delle deleghe per garantire la coerenza tra i poteri conferiti e le attività concretamente espletate;
- e) conduzione, oppure valutazione, delle segnalazioni relative a violazioni o inosservanza dei modelli;
- f) elaborazione di questionari da utilizzare periodicamente per avere suggerimenti ed informazioni;
- g) elaborazione di metodologie per individuare le frodi;
- h) *reporting* verso gli organismi apicali dell'ente (ogni volta che il vertice dell'apparato dirigente lo ritenga opportuno, oppure comunque annualmente attraverso una relazione scritta sullo

stato di attuazione del modello organizzativo da presentare all'organo dirigente);

B) inoltre, la cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello (nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti), che si realizzerebbe generalmente in due momenti distinti ma integrati:

a) presentazione di proposte di adeguamento del modello agli organi aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale;

b) *follow-up*, ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte;

C) infine, la proposizione all'organo aziendale competente dell'avvio del procedimento per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari previste nel modello.

Al fine di espletare i suddetti compiti, l'O.d.V. è dotato di «autonomi poteri di iniziativa e di controllo» (art. 6, co. 1, lett. b), D. Lgs. n. 231/2001) ed inoltre riceve le informazioni relative al funzionamento e all'osservanza dei modelli (art. 6, co. 2, lett. d), D. Lgs. n. 231/2001). Proprio l'autonomia dei poteri di iniziativa e controllo garantirebbe l'indipendenza dell'O.d.V. e l'efficacia della sua azione.

Sin qui abbiamo evidenziato la disciplina “principale” prevista dal D. Lgs. n. 231/2001. A questa si affianca però quanto stabilito dal Decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231⁷²: ebbene, l'art. 52 del decreto in

⁷² Di attuazione della Direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di

questione prevede anche per l'O.d.V. – tra vari altri organi di controllo – il compito di vigilare «nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze, sull'osservanza delle norme» contenute nel decreto stesso, stabilendo una serie di obblighi (di segnalazione in relazione a specifiche violazioni ed infrazioni⁷³) presidiati da sanzione penale al successivo art. 55, comma 5.

Vedremo nel prossimo paragrafo quale rilievo possa essere riconosciuto sotto un profilo penale a simili compiti dell'O.d.V. Adesso passiamo invece ad esaminare quei tratti della scarna disciplina dell'O.d.V. che creano maggiori incertezze negli interpreti.

Un primo profilo problematico sarebbe rappresentato dall'assenza di qualsiasi riferimento all'O.d.V. da parte dell'art. 7 del D. Lgs. n. 231/2001, che regola la responsabilità dell'ente in caso di reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da «soggetti sottoposti all'altrui direzione». Sul punto è stata suggerita un'interpretazione teleologica per cui l'O.d.V. rappresenterebbe elemento strutturale indispensabile per ogni modello organizzativo, ai fini tanto dell'art. 6 quanto dell'art. 7 del decreto⁷⁴.

finanziamento del terrorismo nonché della Direttiva 2006/70/CE che ne reca le misure di esecuzione.

⁷³ Nello specifico la norma prevede che «1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano sull'osservanza delle norme in esso contenute. 2. Gli organi e i soggetti di cui al comma 1: a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2; b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia; c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia; d) comunicano, entro trenta giorni, alla UIF le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia».

⁷⁴ Secondo tale lettura, inoltre, l'art. 7, richiedendo modelli di «organizzazione, gestione e controllo», includerebbe nella struttura delineata dai *compliance programs* anche le

È stato osservato che anche «[l]a costituzione e il funzionamento di tale organo rappresentano uno dei profili più oscuri della nuova normativa»⁷⁵. Non è chiaro, più in particolare, chi debba nominarlo e con quale procedura; quale debba (o possa) essere la sua formazione (collegiale o anche solo unipersonale); quali debbano essere i requisiti caratteristici dell'organismo e dei suoi componenti (e, di conseguenza, quali debbano essere le cause di ineleggibilità e decadenza di questi ultimi); se debba costituirsi quale organismo *ad hoc* o se pure invece le sue funzioni possano essere svolte da soggetti o organismi già presenti all'interno dell'azienda; quale debba essere la sua retribuzione, e a chi debba rispondere o riferire in ambito societario; quali responsabilità di natura penale incombono sui suoi membri. Tutte questioni su cui la legge tace⁷⁶. Vediamo quindi quali siano le principali indicazioni che sono state suggerite in sede interpretativa.

Per quanto riguarda il primo interrogativo, parte della dottrina ritiene (sulla base dell'art. 2328 c.c., ed «in considerazione dell'incidenza sull'organizzazione societaria e sui rapporti interorganici nonché dell'interesse protetto dalla disposizione») che la nomina dei membri dell'O.d.V. dovrebbe spettare all'assemblea dei soci, in quanto questi ultimi sarebbero ritenuti «i soggetti probabilmente più interessati a che la persona giuridica si astenga dal commettere reati, le cui conseguenze pregiudizievoli sono destinati a sopportare»⁷⁷. Tuttavia, la maggioranza degli Autori tende a

funzioni di controllo proprie dell'O.d.V.; v. anche *supra sub* nota 68 (cfr. fra i vari SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 177).

⁷⁵ Cfr. GIUNTA, *Attività*, cit., 18.

⁷⁶ Cfr. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 1351; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 430.

⁷⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 183; NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi «soggettivi» e sul nuovo assetto delle posizioni di*

riconoscere tale prerogativa al consiglio di amministrazione (tramite delibera che conferisca ai membri dell'O.d.V. un incarico professionale, insieme al relativo compenso)⁷⁸: secondo tale lettura (che prende le mosse – argomentando *a contrario* – dal disposto di cui all'art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 231/2001, ove si prevede che negli enti di piccole dimensioni gli stessi compiti «possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente»), se l'adozione del modello organizzativo spetta in via esclusiva agli amministratori, in quanto “atto organizzativo-gestorio”, conseguentemente anche il potere di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello medesimo competerebbe “in via originaria” allo stesso organo dirigente, il quale – proprio a garanzia del corretto ed efficace esercizio di tale potere nell'ambito delle organizzazioni complesse – dovrà attribuire la funzione di vigilanza ad un organismo *ad hoc* costituito all'interno dell'impresa⁷⁹. In quest'ottica, la nomina dell'O.d.V. rappresenterebbe sostanzialmente un conferimento di “delega di funzioni” (di vigilanza sul modello organizzativo⁸⁰) ad un apparato, tramite il quale, in ultima analisi, l'organo

garanzia nelle società, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, 320; RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Soc.*, 2001, 1301 (tutti sostenendo addirittura la necessità di una modifica statutaria nel caso in cui la funzione di O.d.V. fosse svolta da un apparato di nuovo conio all'interno della società e non da un organo già esistente).

⁷⁸ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 403; CERQUA, *Art. 6*, cit., 133; LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo “interno” ed “esterno” sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 1307; MEREU, *La responsabilità*, cit., 92; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di Grosso, Milano, 2007, cit., 870; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, 592; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 432; SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 96; ID., *Responsabilità*, cit., 181.

⁷⁹ Secondo PALIERO, *La responsabilità*, cit., 13, la competenza all'istituzione dell'O.d.V. spetterebbe al consiglio di amministrazione nelle società in cui siano presenti amministratori delegati, e all'assemblea dei soci in caso di mancanza di deleghe.

⁸⁰ Beninteso, una delega di tal fatta in ogni caso di riferirebbe alla mera funzione di vigilanza, senza attribuzione (almeno in generale) di poteri impeditivi, e dunque senza la creazione di una posizione di garanzia: v. *amplius infra* in questo capitolo *sub par. 2*.

dirigente eserciterebbe “indirettamente” il potere di vigilanza in parola⁸¹.

La composizione dell'O.d.V. dovrebbe inoltre essere preferibilmente di tipo collegiale: in questo senso militerebbero non solo ragioni di opportunità, ma anche i pochi dati testuali, che fanno sempre generico riferimento ad un «organismo» (art. 6, co. 1, lett. b) e d), 2, lett. d), e 4 *bis*, D. Lgs. n. 231/2001) o ad un «organo» (art. 52 D. Lgs. n. 231/2007)⁸². In tema appare significativa anche l'attuale formulazione dello stesso comma 4 *bis* dell'art. 6 D. Lgs. n. 231/2001 («Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza [...]»), introdotto dall'art. 14, co. 12, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. “legge di stabilità 2012”)⁸³ e che ha resistito ad un tentativo di modifica con il successivo decreto legge 22 dicembre 2011, n. 212, che nel suo testo originario, all'art. 16, co. 2, aveva disposto la sostituzione del termine «collegio sindacale» con quello di «sindaco» (per raccordare il testo del D. Lgs. n. 231/2001 alla riforma dell'art. 2397 c.c. di cui al comma 14 del citato art. 14 della legge n. 183/2011, con cui era stata prevista la possibilità della nomina di un sindaco unico nelle società con ricavi o patrimoni netti inferiori ad un milione di euro). In sede di conversione, con la legge 17 febbraio 2012, n. 10, la modifica in questione è stata soppressa e ciò

⁸¹ Singolare la proposta formulata in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di D'Avirro e Di Amato, in AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, Padova, 2009, 210, dove si sostiene l'opportunità che l'O.d.V. venga nominato dal collegio sindacale.

⁸² Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 407. Cfr. anche ABI, *Linee*, cit., 24.

⁸³ In tema ci sia permesso di rinviare anche a ROMOLI, *Prime riflessioni sulla Legge 12 novembre 2011 n. 183 recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»* (c.d. “Legge di stabilità 2012”), su www.archiviopenale.it.

parrebbe dunque confermare l'intenzione (finale) del legislatore di escludere una possibile composizione individuale dell'O.d.V.⁸⁴

Le caratteristiche basilari e generali dell'O.d.V. vengono individuate⁸⁵ – ai sensi degli artt. 6, co. 1, lett. b), e art. 7, co. 3 e 4 D. Lgs. n. 231/2001 – in autonomia e indipendenza (i membri dell'O.d.V. non devono trovarsi in una situazione di conflitto di interessi, né – secondo alcuni commentatori – in rapporto di dipendenza gerarchica da soggetti responsabili di aree operative; né possono avere ruoli operativi nell'impresa vigilata, ma debbono comunque avere accesso diretto al vertice dell'impresa⁸⁶), professionalità (da intendersi quale *peritia artis*, e dunque competenza in materia di metodologie e di attività di controllo in campo legale, contabile, gestionale) e continuità di azione (in modo da assicurare una presenza permanente ed un funzionamento costante nel tempo)⁸⁷. I profili di dettaglio (quali il numero dei membri, la loro qualifica, la concreta procedura di nomina, la durata dell'incarico le cause di ineleggibilità e decadenza⁸⁸, sostituzione e cessazione dall'incarico, le funzioni di presidenza, lo

⁸⁴ In giurisprudenza parrebbe pacifico che la scelta in questione debba basarsi sulle dimensioni dell'impresa (cfr. G.I.P. Roma, Dott. Finiti, ord. 4-4-2003, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, 320, con nota di NISCO, *Responsabilità*, cit.). In questo senso cfr. anche CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 33. Nella realtà la maggior parte delle aziende si è dotata di un organismo collegiale; tra le eccezioni v. E.n.e.l. S.p.a. e Gruppo Mondadori S.p.a. (cfr. LOTTINI, *Art. 6*, cit., 2316) e Impregilo S.p.a. (riguardo quest'ultima, cfr. Corte App. Milano, 21-3-2012, su www.rivista231.it, ove è stata riconosciuta l'idoneità del relativo modello organizzativo).

⁸⁵ Cfr., *ex pluribus*, CERQUA, *Art. 6*, cit., 134; CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 36; DE VERO, *La responsabilità*, cit., 18; LOTTINI, *Art. 6*, cit., 2315.

⁸⁶ Cfr. SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 89. Secondo CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 36, tali requisiti andrebbero valutati anche in riferimento al pregresso.

⁸⁷ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 401; LOTTINI, *Art. 6*, cit., 2316; SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 189. Cfr. anche CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 35.

⁸⁸ Cfr. Trib. Milano, ord. 20-9-2004, in *Corr. Mer.*, 2005, 86, che ha ritenuto inadeguata la previsione della ineleggibilità e/o decadenza dei membri dell'O.d.V. solo in caso di condanna con sentenza passata in giudicato.

svolgimento delle riunioni, le modalità di esercizio dei poteri, nonché la retribuzione) vengono poi pacificamente rimessi alla autoregolamentazione aziendale⁸⁹.

Sul contenuto dei citati tratti distintivi dell'O.d.V. si registrano tuttavia opinioni divergenti, che inevitabilmente si riflettono – in definitiva – anche sul modo di intendere la “composizione” dell'organismo. Una parte degli interpreti reputa necessaria, proprio al fine di garantire l'autonomia e l'indipendenza di cui sopra, l'istituzione di un organismo *ad hoc*, escludendo così la possibilità di attribuire il ruolo di O.d.V. a soggetti od organi con funzioni di controllo (“primario” o “secondario”) già presenti nella struttura aziendale⁹⁰. Allo stesso tempo si ritiene comunque che, per esigenze di tipo operativo, i suddetti requisiti di autonomia, indipendenza, così come la stessa ampiezza dei poteri, non possano essere intesi in senso assoluto: infatti, «una più efficiente raccolta delle informazioni impone un certo grado di “prossimità” alla gestione che inevitabilmente comprime l'indipendenza; le funzioni dell'organismo di vigilanza devono essere coordinate con quelle degli altri organi di controllo; all'organismo di vigilanza non è opportuno attribuire poteri che possano creare irragionevole intralcio all'amministrazione della società; le risorse e la dotazione finanziaria dell'organismo non possono certamente essere illimitate dovendo piuttosto contemperare la redditività e l'efficienza aziendale; lo svolgimento delle funzioni dell'organismo non può pregiudicare la riservatezza dell'attività

⁸⁹ Cfr. CERQUA, *Art. 6*, cit., 134; anche DE VERO, *La responsabilità*, cit., 182. Dalla possibilità di autoregolamentazione rimarrebbero esclusi i poteri impeditivi (cfr. GIUNTA, *Attività*, cit., 19), nei termini che vedremo oltre.

⁹⁰ Cfr. BASTIA, *I modelli*, cit., 161 ss.; CERQUA, *Art. 6*, cit., 134 (anche per la bibliografia ivi citata).

sociale»⁹¹. In tale prospettiva, pertanto, l'indipendenza e l'autonomia non potrebbero implicare una totale separatezza dei membri dell'O.d.V. dalla compagine sociale, poiché l'esclusione dall'organismo di soggetti appartenenti alla struttura aziendale attenuerebbe l'effettiva incisività dell'attività di vigilanza⁹². Sarebbe del resto la stessa disciplina normativa ad escludere che l'O.d.V. risultasse composto (esclusivamente) da soggetti esterni, tanto perchè l'art. 6, co. 1, lett. b), del decreto richiederebbe che l'organismo fosse «dell'ente», quanto perchè altrimenti sarebbe di non semplice attuazione il flusso informativo previsto dal comma 2, lett. d), della stessa norma⁹³. Prima dell'introduzione del comma 4 *bis* dell'art. 6 D. Lgs. n. 231/2001 (che – come detto – ha espressamente consentito che nelle società di capitali le funzioni di vigilanza vengano affidate al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo della gestione) le associazioni di categoria ritenevano non opportuno che il ruolo di O.d.V. fosse svolto dal collegio sindacale⁹⁴ o da altre strutture interne (quali uffici legali, segreterie) gerarchicamente inquadrati⁹⁵; ammissibile è

⁹¹ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 402.

⁹² *Contra* BASTIA, *I modelli*, cit., 163; di opposto avviso anche la giurisprudenza: cfr. G.I.P. Trib. Roma, 4-4-2003, cit., 293 ss.

⁹³ Cfr. PELISSERO, *La responsabilità*, cit., 869; RORDORF, *I criteri*, cit., 1303.

⁹⁴ In dottrina (ove già prima dell'introduzione del comma 4 *bis* dell'art. 6 D. Lgs. n. 231/2001 svariate voci, accanto a diverse associazioni di categoria, vedevano quale organo più adatto il collegio sindacale: cfr. SFAMENI, *Le responsabilità*, cit., 94; CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 18) vi era anche chi riteneva che il collegio sindacale potesse e dovesse rivestire il ruolo di O.d.V., considerando improbabile la legittimità alla istituzione di nuovi organismi societari, in ragione del principio di tipicità delle istituzioni societarie: cfr. RORDORF, *I criteri*, cit., 1303 (replica sul punto proprio SFAMENI, *Le responsabilità*, cit., 89, secondo cui tale impostazione sarebbe eccessivamente rigida, giacché il suddetto principio di tipicità potrebbe essere rispettato anche in caso di «varianti integrative all'organizzazione societaria» previste dall'autonomia societaria e perchè in un'ottica di privilegio dell'organizzazione di impresa l'organismo potrebbe essere qualificato come ufficio o funzione di staff del consiglio di amministrazione. L'Autore opportunamente sottolinea come il problema reale sia quello di individuazione dell'organo competente a svolgere le funzioni di vigilanza per come tratteggiate, piuttosto che di legittimità).

⁹⁵ Cfr. ABI, *Linee guida*, cit., 22; CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 21.

stata invece considerata la scelta dell'*internal auditing* o del comitato per il controllo interno, in quanto ritenuti come tendenzialmente dotati di adeguata indipendenza e professionalità⁹⁶. In dottrina la maggior parte dei commentatori suggerirebbe per l'O.d.V. una composizione di tipo misto, perchè considerata la «più idonea a coniugare le finalità di indipendenza e di effettività di azione»⁹⁷. È pacifico che i componenti esterni – coloro che, peraltro, dovrebbero garantire anche una minor soggezione rispetto agli amministratori – siano professionisti dotati di competenze specialistiche specifiche (professionisti nel campo giuridico ed economico, docenti universitari nelle discipline rilevanti, magistrati, funzionari pubblici⁹⁸). Si è invece sviluppata un'ampia discussione su quali dei soggetti interni all'azienda sarebbe più opportuno nominare allo scopo, in modo da tutelare in ogni caso, al massimo grado possibile, l'autonomia e l'indipendenza dell'O.d.V. necessarie per lo svolgimento dei compiti di vigilanza in commento. Non vi è comunanza di vedute al riguardo, né la prassi offre un panorama univoco. Il tema non riveste importanza centrale ai fini del presente lavoro, ma può comunque rilevarsi che le maggiori preferenze si appuntano su quelle soluzioni caratterizzate da un organismo *ad hoc* a composizione mista in cui i membri interni sono componenti dell'*internal*

⁹⁶ Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 29.

⁹⁷ Cfr. PIERGALLINI, intervento in *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001. Interventi tenuti nell'ambito dell'incontro con esponenti della magistratura organizzato dal Centro Studi Federico Stella per la Giustizia penale e la Politica criminale (CGSP), Università Cattolica del S.C. - Milano, 15 febbraio 2008, Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, Quaderno n. 245, Milano, 2008, 42.*

⁹⁸ Cfr. BASTIA, *I modelli*, cit., 163.

audit oppure uno o più amministratori indipendenti⁹⁹. È stato osservato¹⁰⁰ come in effetti nessun vincolo sia posto dal legislatore circa la “natura” dell'organismo, cosicchè sarebbe possibile nominare tra i suoi membri non solo persone fisiche ma anche persone giuridiche, quali società di revisione o società di professionisti. Tuttavia, come accennato, si sottolinea anche che, ai sensi della lettera dell'art. 6, co. 1, D. Lgs. n. 231/2001, l'organismo dovrebbe inevitabilmente appartenere all'ente, con la conseguenza non solo di un suo inserimento permanente (da intendersi nel senso della esistenza permanente di un «costante presidio interno» di vigilanza sull'efficace attuazione del modello, non di una sua – irrealistica e concretamente impossibile – operatività permanente), ma anche della inidoneità dell'affidamento *in toto* della funzione di vigilanza in *outsourcing* a soggetti esterni che non siano formalmente parte dell'organismo (s'intende che le funzioni di vigilanza rilevanti ai fini del D. Lgs. n. 231/2001 non possono essere affidate ad altri se non al c.d. “Organismo di Vigilanza” previsto dal decreto stesso: eventuali soggetti esterni potranno svolgere le funzioni suddette solo una volta inquadrati quali membri dell'organismo medesimo)¹⁰¹.

⁹⁹ Sul punto cfr. ampiamente SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 181 ss. Cfr. anche ABI, *Linee guida*, cit., 22, ove comunque si richiede che, qualunque opzione venga adottata, se ne rendano note le ragioni in modo espresso con lo stesso atto gestorio di nomina; ASSONIME, *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, su www.assonime.it, 20; cfr. anche i risultati dell'indagine promossa dal sito www.complianceaziendale.com e condotta in collaborazione con lo studio legale tributario partner di “Ernst & Young”, *Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane*, 2010, 8. Per una panoramica cfr. anche LOTTINI, *Art. 6*, cit., 2316.

¹⁰⁰ Cfr. SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 190.

¹⁰¹ In punto di composizione e nomina dell'O.d.V., si è sostenuto (cfr. SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 89, che richiama PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 7, 848, ricordando in quest'ultimo l'interessante accostamento dell'Od.V. alle c.d. “Autorità di vigilanza

Un ulteriore profilo di incertezza viene ravvisato in quello che è stato definito come «il limite negativo dell'onere di istituzione dell'organismo»¹⁰², vale a dire la possibilità per i c.d. «enti di piccole dimensioni» che i compiti di vigilanza siano svolti direttamente dall'organo dirigente (art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 231/2001): è stato innanzitutto notato che «ragionando in termini di sufficiente determinatezza, le “piccole dimensioni” identificano un concetto piuttosto elastico, se non addirittura vago»¹⁰³; si è anche rilevato che l'ente che decidesse di avvalersi di tale opzione dovrebbe rassegnarsi a rinunciare in partenza all'esonero di responsabilità per il reato che in ipotesi venisse commesso dal dirigente-controllore, giacchè evidentemente quest'ultimo non potrà fungere da controllore di se stesso¹⁰⁴; senza considerare che tale previsione parrebbe contravvenire al basilare principio aziendale di

indipendenti”) che la varietà di impostazioni al riguardo sarebbe indotta da una “tensione” tra le due funzioni caratteristiche dell'organismo, vale a dire quella di “vigilanza ispettiva” e quella di “vigilanza informativa e prudenziale”. Da un lato, la «esaltazione delle funzioni ispettive, in tesi poste a tutela dell'interesse dell'impresa (in ambito societario: dei soci) e dei terzi in generale, porterebbe [...] a ritenere, sul piano strutturale, incompatibile ogni forma di contatto – in termini di composizione dei membri dell'organismo – tra ufficio di vigilanza e membri (delegati, non delegati e, tra questi ultimi, i c.d. indipendenti) del consiglio di amministrazione (e a maggior ragione del management operativo) e una collocazione organizzativa dell'organismo in posizione di vertice, originaria e autonoma rispetto agli altri organi o funzioni societarie o d'impresa, al più con funzioni anche di staff al massimo vertice societario (consiglio di amministrazione e amministratore delegato)». Questa linea, argomentando dall'art. 2328 c.c., propenderebbe per attribuire la competenza per l'istituzione dell'O.d.V. – idealmente quale ufficio o organo societario indipendente – all'organo assembleare, e leggerebbe la norma di cui al comma 4 dell'art. 6 D. Lgs. n. 231/2001 come espressione della normale coincidenza negli enti di piccole dimensioni tra organo dirigente e titolare dell'impresa, cui corrisponderebbe una conseguente coincidenza di interessi. Ad esiti più elastici – rileva l'Autore – arriva, dall'altro lato, chi invece vede l'O.d.V. come «parte qualificata del sistema di controllo interno» che sarebbe «perfettamente integrata nell'organizzazione d'impresa»: secondo tale prospettiva «[l']interesse all'istituzione dell'organismo di vigilanza, sarebbe tutto interno all'impresa, come dimostrerebbe da un lato la facoltatività dello stesso, dall'altro la rilevanza sul piano dell'imputazione della responsabilità». In questo caso, tuttavia, residuerebbe naturalmente il problema di impostare l'attività dell'O.d.V. in modo da essere efficace ma, al contempo, mantenere anche autonomia ed indipendenza.

¹⁰² Cfr. DE VERO, *Le soluzioni*, cit., 182.

¹⁰³ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰⁴ Cfr. PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 431.

separazione tra gestione e controllo¹⁰⁵.

Aggiungiamo come risulti parimenti dubbio in materia anche il valore da riconoscere alla forma verbale «possono» utilizzata da entrambi i commi 4 e 4 *bis* dello stesso art. 6 D. Lgs. n. 231/2001. Non è dato infatti capire se le due disposizioni configurino semplici opzioni offerte, rispettivamente, a enti di piccole dimensioni e società di capitali, o se invece esse intendano che – al contrario, secondo il principio *ubi lex noluit non dixit* – negli altri casi quelle possibilità non sarebbero comunque consentite.

Altro problema, infine, è quello legato ai c.d. “gruppi di imprese”: ci si domanda (come per il modello organizzativo) se in questi casi sia sufficiente un unico *compliance program*, adottato dalla c.d. *holding*, che consideri le varie realtà della controllate (così da tenere in adeguato conto i rapporti tra le varie diramazioni), oppure se ogni società del gruppo debba provvedere autonomamente con un proprio modello ed un proprio O.d.V. (in modo da garantire maggiormente l'autonomia e l'efficienza della funzione di vigilanza). Sul punto, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza finora si sono pronunciate in favore del secondo modello¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. DE VERO, *Le soluzioni*, cit., 182 (anche per la bibliografia ivi citata).

¹⁰⁶ Cfr. SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 96, che comunque (sulla base tanto del diritto della controllante ad esercitare attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., quanto della ritenuta inclusione della vigilanza sulle controllate nel dovere di diligenza degli amministratori della capogruppo) accetta la possibilità del potere-dovere della controllante di determinare il contenuto uniforme dei modelli organizzativi; LOTTINI, *Art. 6*, cit., 2317. Cfr. anche Trib. Roma, 4-4-2003, cit., 293 ss. In senso analogo cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 46, in cui si affronta diffusamente la questione: «[n]elle fattispecie di cui sopra soluzioni organizzative di questo genere possono conservare la loro validità anche con riferimento alle esigenze poste dal Modello delineato dal D. Lgs n. 231/2001, purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) in ogni società controllata deve essere istituito l'Organismo di vigilanza ex art. 6, co. 1, lett. b), con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 231/2001; b) l'Organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e

In ogni caso, stante la particolare lacunosità del dato normativo, permarrà inevitabilmente un notevole grado di incertezza¹⁰⁷ a carico delle imprese, che, nei fatti, non potranno ragionevolmente mai reputarsi sicure dell'idoneità preventiva del proprio modello organizzativo e dell'adeguatezza dell'Organismo di Vigilanza, dal momento che l'unico vero riscontro conclusivo e risolutivo non potrà che essere quello – eventuale e *post factum* – operato dal giudice penale¹⁰⁸.

2. Ricostruzione penalistica della posizione dell'Organismo di

Vigilanza. - Ricordati i tratti precipui dell'O.d.V., possiamo adesso cercare

l'osservanza del Modello, delle risorse allocate presso l'analogo Organismo della Capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa; c) i dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, nella effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'Organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno». Secondo Confindustria, una simile soluzione organizzativa sarebbe invece inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il T.U.F. prevede già l'esistenza del preposto ai controlli interni) o di grandi dimensioni, a causa della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il modello previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia: in queste realtà, l'ingente mole di controlli da svolgere continuamente su tutta l'organizzazione e le frequenti necessità di adeguamento del Modello in occasione di ristrutturazioni interne, porterebbero a ritenere indispensabile l'istituzione di un Organismo di vigilanza dotato di risorse adeguate, fatta sempre salva la possibilità di "commissionare" verifiche sul funzionamento del modello a forte contenuto specialistico a professionisti esterni, siano essi appartenenti a società di consulenza o – addirittura – all'O.d.V. della capogruppo. Nel suo documento Confindustria si interessa anche ai gruppi di imprese in cui la capogruppo sia una società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualificano ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del D. Lgs. n. 231/2001 (in tali contesti le affiliate possono a volte essere esse stesse capogruppo in Italia per settori diversi). Generalmente tali gruppi di imprese multinazionali risultano già (da tempo) tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera: in questo caso, ove il modello organizzativo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda anche ai requisiti previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, può ritenersi valido.

¹⁰⁷ Colta e denunciata anche da un illustre (e pragmatico) magistrato: cfr. FIDELBO, intervento in *Esperienze*, cit., 46.

¹⁰⁸ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 402.

di capire – alla luce delle premesse teoriche cui abbiamo fatto riferimento nel primo capitolo – se e quali obblighi penalmente rilevanti possano rinvenirsi in capo ad esso (*melius*, ai suoi membri), passando in rassegna e confrontando le varie letture e spunti offerti dalla dottrina in materia.

Come già accennato, il legislatore ha previsto in modo espresso all'art. 55 del D. Lgs. n. 231/2007 che l'omessa informazione dei vari soggetti ed enti ivi indicati circa le violazioni relative alla disciplina del D. Lgs. n. 231/2001 venga sanzionata in ambito penale con la pena della reclusione fino ad un anno e la multa da 100 a 1000 Euro¹⁰⁹. La fattispecie parrebbe postulare un mero “obbligo di attivarsi”. Infatti, non di obbligo di vigilanza si tratta, poiché la norma non prevede un generico dovere di sorveglianza, bensì un incombenza preciso (la comunicazione) in presenza di determinati presupposti di fatto; né, pacificamente, può ipotizzarsi che sia imposto un obbligo di garanzia. Sul punto osserva linearmente CENTONZE¹¹⁰ che «da queste disposizioni non sembra [...] possibile evincere doveri di impedimento dei reati indicati dagli artt. 25-octies (ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) e 25-quater (delitti con finalità di terrorismo) del decreto legislativo n. 231 del 2001: il legislatore si limita infatti a contemplare, allorquando i componenti dell'organismo siano venuti a conoscenza di talune rilevanti infrazioni al decreto (non reati in corso di consumazione), un mero potere/dovere (che appare peraltro collegiale!) di comunicazione a determinati soggetti, i quali

¹⁰⁹ «Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'articolo 52, comma 2, e' punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro».

¹¹⁰ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 413.

poi, a loro volta, hanno l'obbligo (e i necessari poteri) di agire per accertare e impedire il verificarsi di ulteriori ed eventuali illeciti». A ciò si aggiunga – come giustamente rilevato¹¹¹ – che l'azione doverosa imposta all'O.d.V. dall'art. 52 del D. Lgs. n. 231/2007 non sarebbe comunque idonea ad impedire i reati di cui agli artt. 25-*quater* e 25-*octies* del D. Lgs. n. 231/2001. Al riguardo, quindi, giusti i principi in materia di causalità omissiva¹¹², ai membri dell'O.d.V. non potrebbe comunque essere ascritta alcuna responsabilità omissiva impropria. Il delitto in questione, pertanto, si presenterebbe come un reato di tipo omissivo proprio¹¹³.

Più complessa e problematica la configurabilità, in parallelo, di un possibile titolo di responsabilità omissiva di tipo improprio sussumibile nello schema di cui alla clausola generale dell'art. 40, co. 2, c.p. (che rappresenta la dimensione centrale della presente indagine)¹¹⁴. Come detto,

¹¹¹ Cfr. CERQUA, *Art. 6*, cit., 136.

¹¹² Cfr., in generale, FIANDACA, *Omissione*, cit., 555; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 599 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 162 ss.

¹¹³ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 412-413.

¹¹⁴ Sotto un profilo pratico-applicativo, come rilevato da DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., 107, non può sottovalutarsi il rischio che l'O.d.V. assurga a «capro espiatorio» della società, o che comunque la giurisprudenza – come già verificatosi in riferimento ai sindaci – indebitamente ritenga penalmente responsabili i componenti dell'O.d.V. a titolo di concorso per omissione nei reati commessi dagli amministratori; cfr. anche GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 1061 ss. (preoccupato per la «tensione preventiva» della disciplina sugli enti che porterebbe ad estendere le responsabilità in ambito societario). Paventano indebite ed improprie estensioni giurisprudenziali (in una sorta di «*path dependence*») della responsabilità omissiva a danno dei membri dell'O.d.V. (che potrebbero ricalcare gli sviluppi registrati nella prassi per sindaci e revisori, fondamentalmente basati su di un uso distorto della categoria del dolo eventuale) anche ALDROVANDI, *I “modelli*, cit., 461 (l'Autore, sul punto, evidenzia anche una pericolosa analogia tra l'O.d.V. ed il “servizio di prevenzione e protezione” di cui al previgente D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, ora, con il D.Lgs. 23 maggio 2008, n. 81, artt. 31 ss., “responsabile del servizio di prevenzione e protezione”, puntualizzando tuttavia «la differenza di prospettiva fra i due modelli di disciplina: il d. lgs. n. 626/1994 pone a carico del datore di lavoro un obbligo penalmente sanzionato, mentre il d. lgs. n. 231/2001 contempla un onere finalizzato all'esclusione della responsabilità dell'ente»); ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, 544; ID., *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, IPSOA, 2002, 43 (anche ID., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*,

una simile forma di responsabilità dovrebbe necessariamente fondarsi su di un'autentica “posizione di garanzia”, che – per esser tale – postulerebbe l'attribuzione di effettivi poteri giuridici impeditivi. Tuttavia, considerate le caratteristiche della funzione svolta dall'O.d.V. e, quindi, dei poteri ad esso attribuiti, a parere di chi scrive non sembrano ravvisabili in capo a tale organo eventuali obblighi di impedimento di reati (né, *a fortiori*, si è detto, obblighi di protezione o di controllo)¹¹⁵. Abbiamo visto, infatti, che i compiti

2005, 545, dove più in generale lamenta «il travaglio, ancora in corso, circa l'applicazione della disciplina del concorso di persone ai reati d'impresa, di natura generalmente *plurisoggettiva*. Il tema cruciale è quello dei criteri di imputazione, specie nelle varianti omissive. La già controversa natura della causalità si stempera in diafane varianti agevolatrici, raggiungendo il massimo della rarefazione quando si riduce alla constatazione della sussistenza degli *obblighi impeditivi*, celebrando così lo sgretolamento di qualsivoglia possibile connotato fisico della causalità e risolvendola interamente in chiave normativa, quando si giunge a far a meno di un riscontro della impedibilità in concreto»); CENTONZE, *Controlli*, cit., 413 (il quale sul punto critica espressamente il principio di diritto espresso dalla citata sentenza Cass. pen., Sez. IV., 15-2-2007, n. 15226, definendolo «distante dai fondamenti costituzionali»; dello stesso avviso CERQUA, *Art. 6*, cit., 136, che, proprio sulla base di quanto lamentato dal predetto Autore, ipotizza però in capo all'O.d.V. una possibile, malaugurata, attribuzione di responsabilità *ex art. 113 c.p.* rispetto al reato colposo di cui all'art. 25-*septies* del D. Lgs. n. 231/2001); FLORA, *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1995, 12; LOTTINI, *Responsabilità*, cit., 2320; STELLA-PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1990, 553. Resta comunque di buon auspicio quella pronuncia di merito (G.I.P. Tribunale Roma, ord. 4-4-2003, cit., 293 ss.) in cui è stata enfatizzata la mancata partecipazione dell'O.d.V. alle decisioni dell'attività dell'ente. Il presente lavoro è incentrato sulla responsabilità omissiva e pertanto si prescinde dalla rilevanza di possibili condotte attive poste in essere dall'O.d.V.; in ogni caso, secondo ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 42, «questi organismi non hanno competenze operative, di gestione attiva: sembra quindi da escludere che vi possa essere un rischio di responsabilità commissiva»; cfr. anche LA ROSA, *Teoria*, cit., 1313. Tuttavia, è certamente ipotizzabile (e punibile secondo i principi generali, su cui v. *supra sub* cap. 1 par. 3) un contributo concorsuale attivo da parte dei membri dell'O.d.V., laddove – ad esempio – assicurino preventivamente la propria inerzia ad un amministratore in procinto di commettere un reato, rafforzandone così il proposito criminoso (cfr. ALDROVANDI, *I “modelli”*, cit., 463).

¹¹⁵ V. *supra sub* nota 49. In proposito cfr. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2006, 607, che sottolinea acutamente la singolarità e complessità, tra le varie categorie di reati omissivi impropri, della responsabilità penale per omesso impedimento del reato commesso da terzi: infatti, «mentre, di regola, il garante è chiamato a surrogarsi nella tutela del bene giuridico al titolare incapace di provvedervi, quando l'obbligo di garanzia si sostanzia nell'impedimento dell'altrui reato, il controllore non si surroga al titolare del bene, ma lo affianca nella misura in cui è dotato di poteri di tutela più efficaci, che gli consentano di intervenire a favore dell'integrità del bene, attraverso un'azione di contrasto che esprime la signoria del garante sull'attività aggressiva, se non addirittura sul suo autore. Solo a queste condizioni è possibile evitare che la punizione del garante, superando la misura di quanto da lui esigibile, si basi sul mero fatto altrui».

attribuiti all'O.d.V. consistono esclusivamente – dato normativo alla mano – nel «vigilare sul funzionamento e l'osservanza» del modello organizzativo e di «curarne l'aggiornamento». A parte la genericità della lettera della legge (già evidenziata) in ogni caso gli obblighi incombenti sull'O.d.V. appaiono ontologicamente come di mera “vigilanza”, e oltretutto limitati non alla gestione dell'attività sociale ma alla “tenuta pratica” del solo modello organizzativo. Al riguardo la legge è del resto chiara nel riconoscere all'O.d.V. «poteri di iniziativa e controllo» sempre e comunque rispetto allo specifico oggetto della propria vigilanza: la funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello, oltre che di cura del suo aggiornamento, indicherebbe «il perimetro entro il quale possono essere esercitati i poteri di iniziativa e di controllo e di conseguenza la sfera di autonomia dell'organismo»: in tale prospettiva, dunque, «i poteri di iniziativa sono vincolati al dovere di sorveglianza e di aggiornamento del modello» e la «nozione di controllo va, allora, intesa in termini esclusivi di potere-dovere di accertamento»¹¹⁶.

In buona sostanza, come evidenziato da illustre dottrina, l'O.d.V. avrebbe esclusivamente «una finalità preventiva indiretta»¹¹⁷, nel senso – appena visto – di assicurare l'effettività dei *compliance programs* adottati, e non quello di prevenire concreti episodi delittuosi. La “vigilanza precauzionale” esercitata dall'organismo non si appunterebbe sul comportamento del singolo esponente aziendale, ma nei confronti del

¹¹⁶ Così SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 90.

¹¹⁷ Cfr. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, II, 1375.

modello preventivo e dunque non potrebbe assurgere a forme di “controllo preventivo sistematico” sugli atti gestori (ciò che del resto sostanzialmente porrebbe gli amministratori “sotto tutela”)¹¹⁸. Oltretutto, simili esigui “poteri” sembrerebbero attribuiti all'O.d.V. nel suo complesso (e quindi alla sua auspicabile composizione collegiale); nessun autonomo potere, invece, avrebbero i suoi singoli membri (in ogni caso, anche su questo punto la legge tace)¹¹⁹.

Ciò posto, la soluzione che risulta assolutamente prevalente in dottrina – e che qui, come anticipato, si condivide – rifiuta di riconoscere una qualsivoglia posizione di garanzia a carico dei membri dell'O.d.V., escludendo, conseguentemente, che a tali soggetti possa essere imputata, sulla base della clausola generale di equivalenza *ex art. 40, co. 2 c.p.*, una responsabilità omissiva di tipo improprio per omesso impedimento di reati altrui (nella specie commessi nel contesto societario in cui gli stessi

¹¹⁸ Cfr. PISANI, *Controlli*, cit., 104.

¹¹⁹ Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 407.

opererebbero)¹²⁰. Sentenza limpidamente ALESSANDRI¹²¹ che la «attrazione di questi nuovi soggetti nell'ambito della responsabilità penale, nel modulo della responsabilità omissiva, sarebbe anzitutto tecnicamente infondato, dal momento che tali organismi, se hanno compiti di controllo e consultivi, sono sprovvisti di attribuzioni operative e quindi impeditive»: per l'Autore sarebbe essenziale una «attenta separazione, anzitutto concettuale, tra un controllo [...] privo di poteri di intervento [quale sarebbe, appunto, quello che caratterizza l'O.d.V.: N.d.R.] ma che eserciti una verifica costante su comportamenti trasparenti, documentabili e ricostruibili, ed un controllo,

¹²⁰ Cfr. ALDROVANDI, *I modelli*, cit., 460; ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 42; CENTONZE, *Controlli*, cit., 411; DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., 108; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, 19; ID., *Controllo*, cit., 610; LA ROSA, *Teoria*, cit., 1311; LOTTINI, *Responsabilità*, cit., 2316; MEREU, *La responsabilità*, cit., 95; PISANI, *Controlli*, cit., 106; SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 91; ID., *Responsabilità*, cit., 185; parrebbe essenzialmente su questa linea anche DE VERO, *La responsabilità*, cit., 183, 202. In termini più problematici PIERGALLINI, *Societas*, cit., 594. In linea con tale ricostruzione anche l'ABI, che nel suo *Position Paper in risposta alla procedura di consultazione della Banca d'Italia "Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa"*, del novembre 2012, puntualizza (pag. 32) che «[c]on riferimento all'attività dell'Organismo di Vigilanza, il documento la definisce, in questa sezione come attività che attiene in generale all'adempimento di leggi e regolamenti: la definizione non appare corretta. L'Odv ha il limitato compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione adottati in tema di responsabilità ex d.lgs. 231/2001, non risultando dunque ad esso attribuiti compiti di controllo di carattere generale. Si suggerisce dunque di correggere la formulazione» (cfr. anche ABI, *Linee Guida*, cit., 15, ove già allora si ricordava che «[1] 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»; su quest'ultimo punto, tuttavia, cfr. quanto correttamente precisato da LEONCINI, *Obbligo*, cit., 382, e RISICATO, *Combinazione*, cit., 411 ss.); CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 48.

¹²¹ ALESSANDRI, *I soggetti*, cit., 42. A parere dell'Autore una qualsivoglia responsabilità omissiva dei componenti dell'O.d.V. comporterebbe anche «controindicazioni pratiche, legate alla funzionalità di questi nuovi organismi ed alla diversa strategia di un "controllo organizzato"»: posto che l'attività di controllo in questione necessiterebbe di «azione libera da condizionamenti interni» (non a caso uno dei requisiti essenziali per lo stesso è individuato nell'autonomia), la «minaccia penalistica potrebbe sortire effetti paralizzanti o disfunzionali».

invece, al quale si accompagnino anche poteri operativi, superando ricostruzioni semplificate, che hanno prodotto dilatazioni e forzature»¹²². Allo stesso modo conclude SFAMENI, secondo cui dovrebbero ritenersi «estranei all'organismo di vigilanza, poteri di intervento impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti e poteri disciplinari o sanzionatori diretti. Attività, quelle indicate, che presuppongono l'esercizio di un'autorità e di una signoria sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa: in definitiva un potere molto vicino a quello di direzione»¹²³.

Siamo persuasi che elemento centrale da valorizzare per una conclusione sul punto che voglia presentarsi come conforme ai principi-base di rango costituzionale in materia penalistica sia – come anticipato – quello dei poteri realmente impeditivi giuridicamente riconosciuti e concretamente attribuiti al (supposto) garante: «l'obbligo di garanzia e, quindi, l'affidamento della tutela dei beni al garante sussistono nei limiti della compresenza di doveri e di speculari poteri giuridici impeditivi»¹²⁴, ed è proprio l'esistenza di poteri giuridici impeditivi, sottostanti a (e presupponenti) l'obbligo di garanzia, a rendere il paradigma omissivo di tipo improprio rispettoso del fondamentale principio della responsabilità penale personale; simmetricamente, giusto il medesimo principio sancito dall'art.

¹²² L'Autore lamenta lucidamente la «inesattezza teorica e l'iniustizia sostanziale di equiparare alla mancata o difettosa vigilanza l'adesione a priori alla esecuzione criminosa altrui, anche attraverso il grimaldello intellettuale dell'accettazione del rischio, che forza il dolo eventuale ad assumere la forma indeterminata e sfuggente di una "rappresentazione" generica».

¹²³ SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 185. Più "aperto" circa la possibile attribuzione, in via generale, all'O.d.V. di generici «poteri sanzionatori e di denuncia» GIUNTA, *Controllo*, cit., 610.

¹²⁴ Cfr. MANTOVANI, *L'obbligo*, cit., 342

27 Cost., altri tipi di obbligo, differenti da quello di garanzia, non potrebbero dare luogo a responsabilità per omesso impedimento dell'evento, poiché «in assenza dei poteri impeditivi, si tratterebbe di responsabilità per fatto altrui»¹²⁵. Con GIUNTA riteniamo pertanto che debbano già escludersi dalla categoria dei veri e propri “interventi impeditivi” tutti quei poteri «il cui esercizio può produrre solo un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato, non bastando nemmeno che tale influenza, in casi analoghi, abbia indotto il soggetto controllato dall'astenersi dall'illecito» (l'Autore definisce tali prerogative d'intervento quali «poteri deboli», che «quand'anche coronati da successo, non sono impeditivi»). Ebbene, le prerogative dell'O.d.V. non sembrano obiettivamente assimilabili – perché connotate da una “influenza” ancora minore – nemmeno alla suddetta categoria); in ambito specificamente societario poteri propriamente impeditivi sarebbero invece soltanto quelli «cui corrispondono doveri di conformazione, in quanto il loro esercizio produce effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato, e più in generale i poteri di blocco dell'attività del controllato, come la revoca di quest'ultimo»¹²⁶. Sulla stessa linea ALDROVANDI¹²⁷, il quale ricorda che «la presenza di una posizione di garanzia presuppone che al dovere giuridico di intervenire per salvaguardare il bene, corrisponda l'attribuzione di poteri che mettano il garante in grado non solo (e non tanto) di realizzare una delle condizioni indispensabili per

¹²⁵ Cfr. *ibidem*.

¹²⁶ Così GIUNTA, *Controllo*, cit., 608. A fronte di tale lettura “forte” dei poteri impeditivi, in CENTONZE, *Controlli*, cit., 269 ss., si riscontra un'impostazione più “morbida”, che in generale riconoscerebbe “adeguatezza causale” (*ex ante*) per l'impedimento di reati anche a interventi “deboli”, quali estrinsecantisi in rapporti e appelli alla *governance* societaria, *dissenting opinions*, denunce all'autorità giudiziaria.

¹²⁷ ALDROVANDI, *I modelli*, cit., 462.

evitare l'offesa, bensì di provvedere direttamente ed autonomamente alla salvaguardia dello stesso», distinguendosi così il mero “obbligo di sorveglianza” dalla “posizione di garanzia” «in base, rispettivamente all'assenza o alla presenza dei poteri necessari per provvedere alla tutela *in via autonoma* del bene»¹²⁸. L'Autore conclude, quindi, affermando che l'organo di vigilanza «non appare dotato di poteri impeditivi autonomi, tali da farne un effettivo garante nella prospettiva dell'art. 40, co. 2, c.p.: gli «autonomi poteri d'iniziativa» allo stesso assegnati, infatti, sono relativi al funzionamento ed all'aggiornamento dei compliance programs, e non integrano quindi «attribuzioni operative ed impeditive»¹²⁹. In altri termini, l'O.d.V. espleterebbe una mera funzione di «vigilanza sull'assetto organizzativo-prevenzionale», che – come tale – «non può dar luogo ad una posizione di garanzia rispetto all'impedimento dei reati cui è finalizzato il modello prevenzionale: un conto è avere una funzione di vigilanza circa il corretto assetto di un modello prevenzionale, altro conto è avere una specifica funzione di garanzia circa l'impedimento di reati: la seconda funzione non può desumersi dalla prima»¹³⁰. In senso analogo DI GIOVINE¹³¹

¹²⁸ Così *ibidem*, ove, contestandosi dottrina minoritaria (su cui v. *infra*) che ravvisa una posizione di garanzia in capo all'O.d.V., si afferma che siffatta conclusione non può essere condivisa poiché «eleva al livello di garante chiunque sia in grado di tenere una condotta che, in un certo momento ed in un dato contesto, possa rappresentare condizione indispensabile per la salvaguardia del bene, dilatando così oltremisura lo spazio applicativo della già problematica (sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività) figura del reato omissivo improprio».

¹²⁹ Deporrebbe in questo senso anche l'intera articolazione dei modelli di gestione e controllo, la cui attuazione costituisce un semplice onere: «non si vede, quindi, come la scelta – rimessa all'autonomia privata – di provvedervi possa generare posizioni di garanzia» (ALDROVANDI, *ivi*, 463).

¹³⁰ L'Autore evidenzia inoltre la difficoltà di quello che sarebbe l'accertamento di un effettivo nesso causale tra la violazione dell'obbligo di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo ed il reato posto in essere da organi gestori.

¹³¹ DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., 108 (richiamando BISORI, *L'omesso*, cit., 1367, il quale – ricordiamo – per la configurazione di una reale posizione di garanzia, sottolinea

evidenzia gli aspetti pratici dell'attività dell'O.d.V.: il compito di tale organo «sarà attuato prevalentemente attraverso l'elaborazione di note informative (quanto al funzionamento) e di eventuali denunce (quanto all'osservanza), non disponendo invece l'organismo in questione di uno specifico potere impeditivo, tale da consentire l'interferenza con l'altrui illecito operato». Infine, sulle possibili responsabilità dei membri dell'organismo, MEREU¹³² conclude rilevando che «il mancato o insufficiente controllo comporterebbe quindi delle semplici conseguenze di tipo contrattuale (scioglimento dell'organo, revoca di alcuni componenti, ecc.) nei confronti dei soggetti responsabili del controllo»¹³³.

In dottrina si registrano invero alcune voci che, al contrario, intenderebbero ravvisare una posizione di garanzia in capo ai membri dell'O.d.V. e che pertanto riterrebbero possibile nei loro confronti una imputazione a titolo di concorso per omissione nei reati commessi da esponenti aziendali¹³⁴. Simili impostazioni, tuttavia, sembrano fondarsi su di una eccessiva (ed inaccettabile, considerato il necessario rispetto del principio di legalità-riserva di legge in materia di responsabilità omissiva¹³⁵) dilatazione dell'area delle fonti degli obblighi di garanzia, rinvenendo – in

l'imprescindibile conferimento al garante di «specifici poteri giuridici di impedimento-comando nei confronti del reo, così ponendo il primo in grado di interferire direttamente (e lecitamente) con l'intera condotta di reato posta in essere dal secondo»).

¹³² MEREU, *La responsabilità*, cit., 95. In termini analoghi cfr. LA ROSA, *Teoria*, cit., 1312; PIERGALLINI, *Societas*, cit., 594.

¹³³ Una precisazione quantomai opportuna, in quanto ricorda, implicitamente, la eccezionalità nel sistema penale della responsabilità omissiva (oltre che la necessaria distinzione tra responsabilità penale omissiva e responsabilità civile da inadempimento contrattuale).

¹³⁴ Cfr. GARGANI, *Imputazione*, cit., 1066; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, 510; NISCO, *Responsabilità*, cit., 317; PELISSERO, *La responsabilità*, cit., 880; AA.VV., *La responsabilità*, cit., 212.

¹³⁵ Cfr. MANTOVANI, *L'obbligo*, cit., 340.

buona sostanza – una possibile sorgente di obblighi di impedimento di reati nello stesso modello organizzativo (come fonte diretta e autonoma oppure di natura “derivata”, promanante siffatta “forza creatrice“ dalla normativa di cui al D. Lgs. n. 231/2001)¹³⁶. All'interno di questa corrente, GARGANI¹³⁷ arriva addirittura a sostenere che potenzialmente «tutti i soggetti coinvolti nella progettazione, predisposizione, esecuzione, attuazione e applicazione dei protocolli (elaboratori, progettisti, vigilantes, investigatori, membri di commissioni disciplinari, supervisori, ecc.) potrebbero risultare destinatari di un obbligo giuridico di prevenzione/impedimento dei reati, discendente direttamente dal singolo modello organizzativo-gestionale adottato in concreto, quale attuazione della disciplina prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001, la quale assurgerebbe a vera e propria fonte gerarchica primaria dell'obbligo giuridico di impedimento dei reati all'interno dell'impresa». Ciò perchè l'ente, nel “prescrivere” determinate forme di controllo e vigilanza, «eserciterebbe una funzione precettiva direttamente attribuita “in bianco” dalla fonte legislativa». In quest'ottica, il modello organizzativo, quale «piano di prevenzione dei reati», si combinerebbe con il “duplicatore automatico” di cui all'art. 40, co. 2, c.p., producendo specifici e precisi obblighi individuali di impedire l'evento. Secondo l'Autore, dunque, sarebbe «dalla adozione e dall'utilizzazione di un programma di gestione ed organizzazione, a finalità preventiva, che discendono – in capo ai titolari di funzioni di vigilanza e di controllo – gli specifici ed effettivi poteri di

¹³⁶ Un'implicita (e – si suppone – involontaria) conferma a tale lettura sembrerebbe potersi rinvenire anche in SFAMENI, *La responsabilità*, cit., 92 (che pure, come visto, nega una posizione di garanzia per l'O.d.V.), ove si attribuirebbe al modello organizzativo la capacità di plasmare liberamente sotto ogni profilo la figura dell'O.d.V.

¹³⁷ Cfr. GARGANI, *Imputazione*, cit., 1066.

ingerenza e interferenza, ossia quella corona – imprescindibile ai fini dell'esistenza di posizioni di garanzia – di poteri di comando e di impedimento nei confronti del potenziale autore dei reati»¹³⁸. A ben vedere, tuttavia, un'argomentazione di tal genere sembra tradire una confusione tra due differenti profili della responsabilità omissiva (la fonte dell'obbligo di garanzia, su cui incide il principio di legalità-riserva di legge, ed il contenuto di poteri “in dote” al soggetto ritenuto garante, che invece attiene al principio di responsabilità personale); oppure, in ogni caso, si risolve ad impostare superficialmente la ricostruzione della posizione di garanzia soltanto sulla sua fonte, sminuendo l'assoluta rilevanza dei poteri caratterizzanti “in positivo” gli obblighi in discussione. La stessa Accademia parrebbe già offrire una perfetta replica “virtuale” all'orientamento appena menzionato basata su di una analisi della responsabilità omissiva più aderente possibile al dettato costituzionale in materia di legalità penale.

¹³⁸ Tra gli altri Autori di analoghe vedute, più “morbido” nelle sue conclusioni MANNA, *La c.d. responsabilità*, cit., 510: «l'inerzia di taluno dei membri, se non, addirittura, dell'intero consesso, potrebbe prefigurare, nei loro confronti, addirittura una responsabilità penale, indubbiamente resa più «agevole» dall'attuale, ampia configurazione dell'art. 40, cpv., c.p., per omesso impedimento dell'evento». Netto (ma – è doveroso rilevare – privo di un adeguato approfondimento) il giudizio di PELISSERO, *La responsabilità*, cit., 880, per cui «nonostante i tentativi di una parte dei commentatori di limitare gli effetti di tali disposizioni, sembra difficile poter escludere l'applicazione dell'art. 40, cpv. cod. pen., in quanto le disposizioni richiamate sembrano imporre in capo ai soggetti apicali e ai membri dell'organo di controllo un dovere di impedimento dei reati-presupposto». Parimenti debole pare la lettura offerta da NISCO, *Responsabilità*, cit., 318: l'Autore lamenta un supposto “equivoco” nella ricostruzione (sostenuta anche da chi scrive) negatrice di una posizione di garanzia in capo all'O.d.V., ma in realtà sembra proprio la sua interpretazione ad essere frutto di un'analisi distorta della questione in commento, laddove – a supporto del ruolo di “garante” dell'organismo – svilisce inspiegabilmente (ed in effetti senza spiegarlo) il problema della mancanza di poteri impeditivi (anzi, sostiene che «[l]'essere immuni da compiti operativi non degrada la posizione dell'organismo ad un obbligo di mera «sorveglianza», ne accentua invece l'indipendenza, qualità strumentale ai doveri di cui esso risulta tributario»); in ogni caso, l'Autore poi finisce sostanzialmente per “salvare” l'O.d.V. sotto un profilo soggettivo. Confusa e sommaria, infine, pare la ricostruzione in AA.VV., *La responsabilità*, cit., 212, dove non si coglie l'essenza, in generale, dell'obbligo di garanzia e non si distinguono nemmeno i distinti profili oggettivo e soggettivo della responsabilità omissiva impropria.

Infatti, come acutamente osservato da DE VERO, «sembra davvero 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»¹³⁹. Le condivisibili perplessità dell'Autore scaturiscono dal ritenuto carattere facoltativo dell'adozione del modello organizzativo e, dunque, dell'istituzione dell'O.d.V. In questo senso, la ricostruzione nel contesto in esame di posizioni di garanzia in capo ai componenti dell'O.d.V. non potrebbe prescindere da un «riconoscimento esplicito ad opera della fonte legislativa dell'obbligo per le persone giuridiche di dotarsi di tali strumenti, non disgiunto da una congrua precisazione nella stessa sede anche dei rispettivi contenuti»¹⁴⁰. Del resto, in ambito societario «un preciso supporto normativo, adeguatamente modellato» degli obblighi di garanzia sarebbe necessario proprio per «contenere le spinte espansionistiche altrimenti innescate dal meccanismo imperniato sull'art. 40 cpv. c.p.»¹⁴¹. Pare appropriato chiudere con le lapidarie parole di CENTONZE¹⁴²: la «lettura del

¹³⁹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 203.

¹⁴⁰ Così *ibidem*. Cfr. anche ALDROVANDI, *I “modelli”*, cit., 463, 468, che contesta esplicitamente la lettura di GARGANI, *Imputazione*, cit., 1066, accusato di «fondare il sorgere di posizioni di garanzia sulla semplice esistenza di un modello «di organizzazione e di gestione», accompagnata dalla titolarità di poteri/doveri di controllo e di «manutenzione» del modello»; l'Autore aggiunge incisivamente che «[l']onere, contemplato dall'art. 6, di attuare un modello prevenzionale, non si trasforma, una volta attuato il modello, in una posizione di garanzia circa l'impedimento dei reati in funzione dei quali il modello è stato adottato: troppa è la distanza intercorrente tra l'essere garanti della corretta attuazione di una procedura volta a minimizzare il rischio di reato e l'essere garanti dell'effettivo impedimento di reati, e ciò proprio in quanto il modello prevenzionale è finalizzato non tanto ad impedire, quanto, più realisticamente, a ridurre il rischio di reati». Secondo l'Autore, la radice dei vari dubbi circa il significato e la portata applicativa dei *compliance programs* andrebbe individuata nell'errato “travasamento” dell'istituto dall'esperienza statunitense (ove i “modelli” hanno avuto origine, ma con esclusiva funzione di commisurazione sanzionatoria) al nostro ordinamento.

¹⁴¹ Cfr. ALESSANDRI, *Corporate*, cit., 544.

¹⁴² Cfr. CENTONZE, *Controlli*, cit., 412.

decreto 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 (e nella cura del suo aggiornamento)», cosicchè in «mancanza della fonte dell'obbligo risulta dunque persino superfluo, nell'ottica della responsabilità penale per omesso impedimento, discutere degli ipotizzabili poteri impeditivi, collegiali e/o individuali, astrattamente attribuibili all'organismo e ai componenti dello stesso».

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nel primo capitolo abbiamo ricordato, quali premesse, le essenziali “coordinate teorico-dogmatiche” che riteniamo di imprescindibile riferimento in materia di responsabilità omissiva (con particolare riguardo a quella di natura impropria), assumendo come astrattamente riconducibile a quel paradigma l'eventuale rilevanza penale di possibili carenze o inadempimenti riscontrabili nell'ambito dell'attività dell'Organismo di Vigilanza introdotto dal D. Lgs. n. 231/2001.

Nel secondo capitolo siamo quindi passati ad esaminare la disciplina normativa dell'O.d.V., per poi valutarne le funzioni ed i compiti specifici in una prospettiva penalistica. Passando in rassegna le principali impostazioni dottrinali in materia sulla base dei presupposti teorici indicati nel precedente capitolo ci siamo trovati in accordo con quelle ricostruzioni che negherebbero una posizione di garanzia in capo ai membri dell'organismo e, dunque, la configurabilità stessa di una responsabilità di questi ultimi per omesso impedimento dei reati commessi da esponenti dell'azienda in cui esercitano la loro vigilanza (di tipo “preventivo indiretto”, in quanto essenzialmente limitata – si è visto – alla “tenuta” del *compliance program*).

Possiamo pertanto cercare di offrire delle prime conclusioni in merito all'oggetto del nostro lavoro. Come anticipato, si tratterà inevitabilmente di conclusioni provvisorie, su cui potranno e dovranno poi svilupparsi ulteriori approfondimenti idealmente destinati a sfociare in un lavoro più completo¹⁴³.

¹⁴³ Tra i vari aspetti che sicuramente meriterebbero spazio in un ipotetico sviluppo di indagine vi sarebbero in primo luogo (dopo un riesame “aggiornato” della dogmatica

In via principale possiamo innanzitutto affermare che nessun obbligo di garanzia sembrerebbe ragionevolmente ravvisabile in capo ai componenti dell'O.d.V. L'indagine ha infatti messo in evidenza che la disciplina normativa in materia non prevede – né espressamente, né sistematicamente – siffatti ruoli; al contempo, il modello organizzativo non sarebbe autonomamente in grado di creare posizioni di garanzia (tutt'al più potrebbe eventualmente – come già detto – «spostare su altri centri d'imputazione l'esecuzione di una preesistente “posizione di garanzia”»¹⁴⁴). In punto di responsabilità, dunque, riteniamo di concludere che le eventuali omissioni nell'attività di vigilanza dei membri dell'organismo non risulterebbero punibili secondo il paradigma delle fattispecie omissive improprie.

Ci pare inoltre possibile ed opportuno aggiungere alcune altre riflessioni, che si auspica valgano a chiarire ulteriormente la posizione dell'O.d.V., eliminando così ogni ragionevole ambiguità, sotto un profilo penalistico, intorno a tale particolare figura.

A tale scopo reputiamo utile operare una fondamentale distinzione, dividendo l'esame della problematica nei due piani del riscontro normativo generale, da un lato, e delle potenzialità insite nell'autonomia privata, dall'altro.

sull'omissione) quello dei rapporti, in generale, tra condotta omissiva colposa (di soggetto non gravato da autentici obblighi di garanzia, ma solo da obblighi di sorveglianza) e fatto commissivo colposo (o doloso) altrui (con riferimento anche agli orientamenti seguiti dalla dottrina di altri sistemi; al riguardo un punto di partenza potrebbe essere la panoramica offerta da RISICATO, *Combinazione*, cit., 414 ss.); il confronto tra funzioni (e dunque modelli di responsabilità) di altre, classiche, figure di “controllori” societari e dell'O.d.V.; nonché le eventuali soluzioni e concezioni sorte in altre esperienze giuridiche (il pensiero va soprattutto a quelle dell'area anglo-sassone) circa la responsabilità (eventualmente anche di natura civilistica) di analoghi organismi o attori con compiti di vigilanza rispetto ai *compliance programs*.

¹⁴⁴ Così GIUNTA, *Controllo*, cit., 611.

Abbiamo visto che la lettura del dato legislativo (gli artt. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231/2001, così come gli artt. 52 e 55 del D. Lgs. n. 231/2007) esclude nettamente che il legislatore abbia inteso porre in capo agli esponenti dell'O.d.V. un generale obbligo di garanzia (di impedimento dei reati all'interno della società in cui l'organismo svolge la sua funzione di sorveglianza sul modello organizzativo): il contenuto dell'attività che normativamente incombe sull'O.d.V. («vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli» e «curare il loro aggiornamento») può configurare esclusivamente un'attività di mera “vigilanza”, non solo per la chiara formula utilizzata dalla disposizione, ma anche per l'assoluta mancanza nella “scheletrica” disciplina legislativa di un riferimento ad alcun effettivo “potere di impedimento” di reato nei termini precedentemente specificati. Senza considerare, infine, che tale organismo (e con esso lo stesso modello organizzativo) si presenta come elemento meramente eventuale nella struttura societaria (parrebbe dunque inverosimile anche sotto un profilo logico, prima ancora che giuridico, che il legislatore avesse voluto attribuire un ruolo di tale rilevanza – quale sarebbe quello di “garanzia” – ad un'entità “ipotetica”). Su tali premesse – che non ci sembrano contestabili – ribadiamo che non risulterebbe ammissibile sostenere che il modello organizzativo potesse essere – di per sé – una «fonte generatrice primaria dell'obbligo giuridico di impedimento dei reati»¹⁴⁵, giacché al suddetto modello la lettera della legge non riconosce tale legittimazione. Una diversa soluzione risulterebbe evidentemente in patente spregio al basilare principio

¹⁴⁵ Come invece – si è visto – sostenuto da GARGANI, *Imputazione*, cit., 1066.

di legalità – nel suo corollario del principio di riserva di legge – che deve informare anche la responsabilità penale di tipo omissivo¹⁴⁶. L'esito non muterebbe nemmeno nell'eventualità che le funzioni di O.d.V. venissero svolte, ai sensi del nuovo comma 4 *bis* dell'art. 6 D. Lgs. n. 231/2001, dal collegio sindacale (nel caso, anche “unipersonale” *ex art.* 2477 c.c.), dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo della gestione¹⁴⁷: il “cumulo” di funzioni *lato sensu* di controllo, infatti, non potrebbe valere a trasformare – aggravandolo – il tipico compito che caratterizza il ruolo dell'O.d.V., che continuerà ad essere di mera sorveglianza, nei termini anzidetti. Onde evitare improprie commistioni tra diversi tipi di responsabilità, una corretta analisi penalistica della condotta tenuta da una ipotetica figura di “supercontrollore” dovrà perciò necessariamente procedere a “scorporarla” nelle singole funzioni (collegio sindacale, O.d.V., ecc.) che la compongono, valutando quindi la rilevanza delle eventuali azioni o (più probabilmente) omissioni alla luce dei differenti, specifici, obblighi che graverebbero su di un simile organo di controllo unico (in altre parole, in caso di “inerzia” colpevole e “qualificata” nello svolgimento della tipica attività di sindaco, il titolo di responsabilità di tale organo potrà essere solo quello – comunque lo si voglia intendere – relativo all'omesso controllo imposto ai sindaci, e non coinvolgerà anche la sua parallela veste di O.d.V.)¹⁴⁸. La prospettiva invece potrebbe cambiare ove si valutasse la

¹⁴⁶ V. *supra sub cap.* 1. Cfr., tra tutti, LEONCINI, *Obbligo*, cit., 34 ss.; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 169; ID., *L'obbligo*, cit., 340 ss.; anche GIUNTA, *Controllo*, cit., 611, e lo stesso BRICOLA, *Teoria*, cit., 17.

¹⁴⁷ Si sviluppa e si conclude qui il tema da noi precedentemente sollevato in ROMOLI, *Prime*, cit.

¹⁴⁸ Interessanti in questo senso le indicazioni fornite dall'A.B.I., nella sua circolare n. 1 dell'11 gennaio 2012, che, proprio in tema di riforma dell'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001,

possibile attribuzione di un'autentica funzione di garanzia (con annessi gli imprescindibili reali poteri di intervento-impeditivi) all'O.d.V. ideata e prevista con il modello organizzativo, ma poi concretamente perfezionatasi tramite negozio giuridico *ad hoc*¹⁴⁹ concluso (verosimilmente a seguito di delibera, dell'organo dirigente o dell'assemblea sociale, che conferisca l'incarico insieme al relativo compenso) tra l'ente ed i singoli componenti dell'organismo (siano professionisti esterni o già membri di altri organi societari): qui l'assunzione da parte di questi ultimi del ruolo di “garanti” avverrebbe a tutti gli effetti su base negoziale, e quindi (giusto il disposto di cui all'art. 1372 c.c., in forza del quale – come detto – anche il contratto si

suggerisce «l'opportunità che, in sede di affidamento dell'incarico e poi di concreto svolgimento dello stesso, si distinguano le funzioni/attività svolte in qualità di organo di controllo della società e quelle svolte quale organismo di vigilanza», chiarendo che una tale chiara ripartizione delle funzioni varrebbe ad «evitare che il collegio sindacale che svolge funzioni di organismo di vigilanza sia considerato quale titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante anche in relazione alla materia “231”». All'opposto (con un inversione di prospettiva non condivisibile per i motivi esposti nel corpo di testo), l'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 (A.O.D.V. 231) ritiene, criticamente, che la disposizione di cui al comma 4 *bis* in commento porterebbe ad una estensione della posizione di garanzia propria del sindaco anche alla funzione di Organismo di Vigilanza che dovesse essergli affidata: «l'attribuzione del ruolo di Organismo di Vigilanza ad un organo sociale investito di superiori responsabilità di natura pubblicistica e con rilevanza esterna all'ente non può non attrarre nella sfera di tali responsabilità anche le funzioni, di rilevanza esclusivamente interna all'ente, di Organismo di Vigilanza» (cfr. A.O.D.V., *Osservazioni dell'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 (AODV 231) in relazione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, su www.aody231.it; anche ID., *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, su www.aody231.it; ID., *D.lgs. 231: la modifica dell'art. 6 non risponde alle esigenze di semplificazione*, su *Amb. Sic.*, 11/2012, 88). Si vuole citare anche ARENA, *Il Collegio Sindacale con funzioni di Organismo di vigilanza: profili penalistici*, su www.compliancenet.it, quale esempio di errore prospettico; l'Autore infatti arriva singolarmente a sostenere (dopo una citazione impropria di CENTONZE, *Controlli*, cit., 414) che il singolo sindaco membro dell'O.d.V. «non smette di essere sindaco per il fatto che è anche componente di altro organo di controllo»: ebbene, è vero che il sindaco in questione non smette di essere sindaco una volta diventato anche componente (eventualmente unico) dell'O.d.V., ma penalisticamente il medesimo soggetto continuerà ad essere valutato in modo distinto sotto due diversi profili; cosicché, in quanto sindaco manterrà la posizione di garanzia propria dell'organo di controllo sindacale, mentre come O.d.V. sarà gravato di soli obblighi di sorveglianza.

¹⁴⁹ Cfr. in termini simili GIUNTA, *Controllo*, cit., 610; SFAMENI, *Responsabilità*, cit., 186, 201.

ritiene possa assurgere a fonte di obblighi di garanzia) nel pieno rispetto dei principi della legalità penale¹⁵⁰. Secondo tale ricostruzione, pertanto, l'assunzione di un'eventuale posizione di garanzia in capo ai membri dell'O.d.V. non si attuerebbe (una volta che questi avessero siglato l'accordo e quindi accettato la propria nomina) *ipso iure* ai sensi della disciplina di cui al D. Lgs. n. 231/2001 (direttamente o indirettamente, tramite previsione *ad hoc* nel modello organizzativo) ma esclusivamente in base al negozio stipulato tra il singolo componente dell'organismo e la società.

Ciò premesso, data la non configurabilità – in via generale – di un obbligo di garanzia in capo ai componenti dell'O.d.V., deve dunque concludersi che eventuali generiche “omissioni” nello svolgimento della loro funzione di vigilanza-sorveglianza (che pure, come visto, ha in realtà ad oggetto l'efficienza del modello organizzativo e non l'attività d'impresa o dei suoi esponenti) non potrebbero comunque rilevare quali contributi di natura propriamente omissiva ai fini di una responsabilità concorsuale rispetto ai reati commissivi¹⁵¹ posti in essere da soggetti appartenenti all'ente

¹⁵⁰ Un siffatto conferimento dell'incarico può leggersi, in sostanza, quale “delega di funzioni” (cfr. più in generale LEONCINI, *Obbligo*, cit., 223 ss.).

¹⁵¹ Né crediamo che potrebbe ipotizzarsi un obbligo dei membri dell'O.d.V. di impedire la condotta omissiva di un vertice societario. In tal caso non sarebbero logicamente configurabili dei poteri “impeditivi” rispetto ad una condotta omissiva; mentre, laddove si volessero configurare al riguardo dei poteri di “comando” (per obbligare il “controllato” ad un *facere*) allora l'O.d.V. non si atterrebbe più ad organo di controllo o sorveglianza, ma a vero e proprio organo gestorio. A fronte di comportamenti omissivi dei vertici societari la posizione dei membri dell'O.d.V. dovrebbe essere analizzata alla luce – li davvero – dei normali principi in materia di concorso di persone (cfr. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 545), senza scomodare un'eventuale responsabilità omissiva: infatti, l'unica condotta penalmente rilevante dei componenti dell'organismo sarebbe solo quella di tipo attivo (morale o materiale) rispetto all'omissione del soggetto controllato, poiché in caso di semplice condotta inerte gli stessi risulterebbero non punibili (in quanto non “obbligati”; ciò naturalmente a meno di non voler postulare una posizione di garanzia di protezione o di controllo in capo all'O.d.V., ma che – come visto – non può darsi); ed in tal caso, i “vigilanti” verrebbero puniti per concorso ai sensi dell'art. 110 c.p. se ritenuti non obbligati, mentre se considerati gravati da generici “obblighi di attivarsi” o di “sorveglianza” sarebbero puniti non quali concorrenti, ma in base alla (eventuale) fattispecie omissiva

“vigilato”. Come abbiamo visto, le condotte di natura omissiva che si risolvono in un mancato impedimento di reati commissivi altrui che possono rilevare a titolo di partecipazione criminosa (ai sensi tanto dell'art. 110 c.p. quanto dell'art. 113 c.p.) sono solo quelle convertibili in forza dell'art. 40, co. 2, c.p. in quanto corrispondenti ad autentiche posizioni di garanzia. In ossequio ai suesposti principi in materia di responsabilità omissiva concorsuale, eventuali altre omissioni di diverso contenuto (non rilevanti nei termini di cui all'art. 40, co. 2, c.p., né ai sensi di una fattispecie monosoggettiva omissiva propria) non potrebbero essere ritenuti come generalmente punibili in ambito plurisoggettivo¹⁵². Ciò posto, si anticipa, non potremmo quindi nemmeno condividere ipotetiche, futuribili, pronunce giurisprudenziali che intendessero estendere ai membri dell'O.d.V. quell'arresto recentemente emerso in riferimento al R.S.P.P., con cui è stata affermata la responsabilità di quest'ultimo per cooperazione colposa nel delitto di evento colposo commesso dal datore di lavoro¹⁵³.

propria monosoggettiva. Oltre ciò siamo nel campo dell'irrelevanza penale.

¹⁵² Per amor di chiarezza e completezza evidenziamo anche che non sarebbe ragionevole analizzare la problematica del possibile concorso per omissione nell'ottica della differente ipotesi di responsabilità concorsuale omissiva del delegante rispetto ai reati posti in essere dal delegato: a dispetto dell'uguale denominazione degli obblighi (“di vigilanza”) gravanti sulle due figure societarie (laddove, peraltro, in riferimento al delegante in materia di sicurezza sul lavoro, siffatto obbligo prima dell'entrata in vigore del Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 – v. art. 16 – non risultava previsto in modo espresso), resta di intuitiva evidenza la radicale diversità delle rispettive posizioni.

¹⁵³ A favore della nostra tesi deporrebbe invero anche la ontologica differenza – a nostro parere – di ruoli riscontrabile tra le due funzioni (di diverso avviso invece ALDROVANDI, *I «modelli*, cit., 464, che però – come già evidenziato – ricorda opportunamente la diversità tra le rispettive discipline di riferimento: v. *sub* nota 114): mentre l'Organismo di Vigilanza deve essenzialmente limitarsi a verificare l'adeguatezza (anche “in opera”) del modello organizzativo (già ideato, predisposto ed attuato dall'organo dirigente), al Responsabile del servizio di prevenzione e protezione (già ai sensi dell'art. 9 del Decreto legislativo 19 settembre 1994, 626) il legislatore aveva attribuito compiti che paiono innegabilmente assai più rilevanti in relazione alla gestione della sicurezza sul luogo di lavoro (tra i vari: «individuazione dei fattori di rischio», «valutazione dei rischi» e «individuazione delle misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, nel rispetto della normativa vigente sulla base della specifica conoscenza dell'organizzazione aziendale», nonché

Allo stato attuale del panorama normativo in materia, in ultima analisi, riteniamo di poter affermare¹⁵⁴ che nessun rimprovero di tipo penalistico potrebbe appuntarsi ai membri dell'O.d.V. per eventuali condotte di tipo omissivo che violino i propri obblighi di sorveglianza imposti dal D. Lgs. n. 231/2001 e dal D. Lgs. n. 231/2007¹⁵⁵. Volendo formulare una telegrafica riflessione *de lege ferenda* può aggiungersi che ove si considerasse opportuno, in termini di politica criminale, sanzionare i *deficit* di vigilanza dell'O.d.V. s'imporrebbe la previsione di un'autonoma fattispecie incriminatrice monosoggettiva di tipo omissivo proprio¹⁵⁶. Fino ad allora

«elaborare, per quanto di competenza, le misure preventive e protettive», «elaborare le procedure di sicurezza per le varie attività aziendali», «proporre i programmi di informazione e formazione dei lavoratori» e «fornire ai lavoratori le informazioni» in materia di sicurezza).

¹⁵⁴ Fin qui naturalmente ci siamo spesi (come preannunciato) solo sul piano “oggettivo”: resterebbe in ogni caso da valutare se un'ipotesi di siffatta cooperazione colposa potesse trovare un riscontro anche nella necessaria componente psicologica (di consapevolezza, nei membri dell'O.d.V., di concorrere – con il proprio comportamento genericamente omissivo – al fatto di reato; ciò che, dati i limitati compiti dell'organismo medesimo, pare difficile da ipotizzare già su di un piano ontologico). Nell'ottica di “*work in progress*” del presente lavoro ci riserviamo dunque l'approfondimento e l'ulteriore chiarimento delle varie sfaccettature della problematica del concorso per omissione, doloso e colposo, rispetto all'attività dell'organismo. Sin da ora in ogni caso possono avanzare dei seri dubbi (oltre a quelli già manifestati sotto il profilo “materiale”) che possa sussistere la colpevolezza tipica della cooperazione colposa nei membri dell'O.d.V. rispetto a possibili reati (che comunque dovrebbero essere quelli tipizzati dal D. Lgs. n. 231/2001, non certo altri, dato che l'O.d.V. si interessa esclusivamente ai reati previsti dai modelli organizzativi di cui al medesimo decreto) di esponenti societari: il raggio dell'attività di vigilanza dell'O.d.V. è infatti così ristretto (interessandosi sostanzialmente alle aree di criticità del modello e non ai comportamenti dei singoli esponenti societari) e “remoto” (o “anticipato”, che dir si voglia) rispetto a concreti fatti criminosi, che appare realmente arduo ravvisare (già un ipotetico nesso causale, ma sicuramente) la consapevolezza tipica di concorrere nella condotta di un altro soggetto (considerato anche che – come dimostrato dalla stessa normativa in materia di responsabilità degli enti – nei contesti di impresa nemmeno *ex post* può essere semplice individuare le responsabilità individuali: *a fortiori* sembra pertanto agevole immaginare che i membri dell'O.d.V. non abbiano la minima idea di chi possa – o stia per – commettere un reato).

¹⁵⁵ Come puntualizzato (v. *supra sub* cap. 1 par. 3), ipotesi del tutto diversa – perchè da inquadrare nell'ambito della responsabilità concorsuale per contributo attivo – sarebbe quella in cui l'assicurazione da parte dei componenti dell'organismo di non assolvere i propri compiti avesse determinato o rafforzato il proposito criminoso altrui.

¹⁵⁶ Potrebbe essere oggetto di riflessione anche la soluzione “generale” di “colpa indiretta” o “colpa agevolatrice” prevista dall'art. 121-3 del codice penale francese (al riguardo cfr. DE VERO, *La responsabilità*, cit., 94).

crediamo che eventuali, malaugurate, pronunce giurisprudenziali che (verosimilmente all'interno dei periodici scandali economici-finanziari) tendessero a ravvisare una responsabilità omissiva dei membri dell'O.d.V. in riferimento ai reati commessi da vertici o dipendenti della società vigilata sarebbero da censurare con severità perchè inevitabilmente in contrasto con i principi generali in materia di cui abbiamo trattato.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Milano, 2010

AA.VV., *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001. Interventi tenuti nell'ambito dell'incontro con esponenti della magistratura organizzato dal Centro Studi Federico Stella per la Giustizia Penale e la Politica Criminale (CSGP), Università Cattolica del S.C. - Milano, 15 febbraio 2008. Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, Quaderno n. 245, Milano, 2008, su http://centridiricerca.unicatt.it/csgp_2029.html*

AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di D'Avirro e Di Amato, in AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, Padova, 2009

AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004

AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005

AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002

ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, su www.abi.it

ABI, *Position Paper in risposta alla procedura di consultazione della Banca d'Italia "Sistema dei controlli interni, sistema informativo e*

continuità operativa”, su www.abi.it

ALBEGGIANI, *La cooperazione colposa*, in *Stud. Iur.*, 2000, 515

ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999

ALDROVANDI, *I “modelli di organizzazione e di gestione” nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell’“ingerenza penalistica” nel “governo” delle società*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2007, 445

ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 534

ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, 536

ALESSANDRI, *I soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, 2002, 37

ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1992, 214

ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, 33

ALESSANDRI, *Relazione introduttiva. Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale tra passato e futuro*, Milano, 2009

ANIA, *Linee guida per il settore assicurativo ex art. 6 d. lgs. 8-6-2001, n. 231, responsabilità amministrativa delle imprese di assicurazione*, su www.ania.it

A.O.D.V., *D.lgs. 231: la modifica dell'art. 6 non risponde alle*

esigenze di semplificazione, in *Amb. Sic.*, 11/2012, 88

A.O.D.V., *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, su www.aodv231.it

A.O.D.V., *Osservazioni dell'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 (AODV 231) in relazione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, su www.aodv231.it

ARENA, *Il Collegio Sindacale con funzioni di Organismo di vigilanza: profili penalistici*, su www.compliancenet.it

ASSONIME, *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, su www.assonime.it

BARTOLOMUCCI, *Amministratore diligente e facoltativa adozione del compliance program ex d.lgs. n. 231/2001 da parte dell'ente collettivo*, in *Le Soc.*, 2008, 1507

BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 133

BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 1363

BRICOLA, *Art. 25, II e III comma*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 227

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, 1974, 7

CARACCIOLI, *Omissione (Diritto penale)*, in *Nov. Dig. It.*, XI, 1965, 895

CARNELUTTI, *Illiceità penale della omissione*, in *Ann. Dir. Proc.*

Pen., 1933, 1

CERQUA, *Art. 6*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Roma, 2010, 134

CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001*, su www.confindustria.it

CONTENTO, *Il contributo della riflessione sulla prassi giurisprudenziale alla riforma del codice penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive. Atti del convegno (Palermo, 7-10 novembre 1991)*, Milano, 1993, 78

CONTENTO, *Magistratura, giurisprudenza penale e potere politico*, in *Ind. Pen.*, 1981, 45

DE FRANCESCO, *Introduzione*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 7

DE FRANCESCO, *Sul concorso di persone nel reato*, in *Stud. Iur.*, 1998, 732

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002

DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 1348

DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2011, n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 107

DE VERO, *Compartecipazione criminosa e personalità della responsabilità penale*, in *Stud. Iur.*, 1998, 253

DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 10, 1137

DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 3

DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2008

DE VERO, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 89

DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 1126

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 3

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010

FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979

FIANDACA, *Omissione (Diritto penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1994, 546

FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. Pen.*, 1983, 56

FIDELBO, in *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001. Interventi tenuti nell'ambito dell'incontro con esponenti della magistratura organizzato dal Centro Studi Federico Stella per la Giustizia penale e la Politica criminale (CGSP), Università Cattolica del S.C. - Milano, 15 febbraio 2008, Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, Quaderno n. 245, Milano, 2008, 46, su http://centridiricerca.unicatt.it/csgp_2029.html*

FLORA, *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1995, 11

FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale, Vol. I: Il sistema della parte speciale*, Padova, 2009

GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 1061

GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, 1

GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2006, 608

GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 623

GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 131

GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983

INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1988,
427

INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e
qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. It. Dir. Proc.
Pen.*, 1998, 441

LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno"
sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2006, 1297

LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Dir.*, 1962, 561

LATAGLIATA, *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, 1962,
609

LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di
sorveglianza*, Torino, 1999

LOTTINI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV.,
Commentario breve alle leggi penali complementari, a cura di Palazzo e
Paliero, Padova, 2007, 2310

MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone
giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002,
501

MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati
omissivi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 984

MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007

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, 343

MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, 456

MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, 27

MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, 153

Modalità di attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/01 nelle società italiane, 2010, su www.complianceaziendale.com

MONACO, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 119

MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 415

NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi “soggettivi” e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2004, 293

NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano*, in *Ind. Pen.*, 1982, 434

OGGERO, *Responsabilità delle società e degli enti collettivi (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2010, 801

PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987

PALAZZO, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema delicati*, in *Stud. Iur.*, 1996, 1108

PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 7, 845

PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 26

PAPA, *Art. 110*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2005, 567

PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000

PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti per Guido Rossi*, Milano, 2002, II, 1275

PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, 224

PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di Grosso, Milano, 2007, 845

PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda e Seminara, Padova, 2002, 76

PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2002, 571

PIGHI, *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. Pen.*, 2005, 813

PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per*

azioni, Milano, 2003

POTETTI, *Il servizio di prevenzione e protezione nel d. lg. n. 626 del 1994, in tema di sicurezza e salute dei lavoratori*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2036

POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse*, in *Arch. N. Proc. Pen.*, 2004, 259

PULITANÓ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 431

PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2007

Relazione al «Progetto preliminare di riforma del codice penale» - Parte generale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 596

RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001

RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 132

RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 1274

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004

ROMOLI, *Prime riflessioni sulla Legge 12 novembre 2011 n. 183 recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»* (c.d. "Legge di stabilità 2012"), su www.archiviopenale.it

RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979

RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Soc.*, 2001, 1303

ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di Grosso, Milano, 2008, 97

SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987

SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988

SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Ipsoa, 2002, 65

SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2007, 154

SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975

STELLA, PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1990, 553

STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981

TIEDEMANN, *La responsabilità da reato dell'ente in Europa: i modelli di riferimento per le legislazioni e le prospettive di armonizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, 1