ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

AVV. LUCA TROYER

11 LUGLIO 2017, MILANO

COMPITI E POTERI DELL'ODV

I COMPITI DELL'ODV

NORMA DI PORTATA GENERALE

- Art. 6 comma 1, lett. b), D. Lgs. 231/2001
  - Vigilare sul **funzionamento** dei Modelli
  - Vigilare sull'**osservanza** dei Modelli
  - Curare l'**aggiornamento** dei Modelli

I COMPITI DELL'ODV

I compiti dell'OdV riguardano:

- L'efficacia e l'adeguatezza del Modello, cioè la sua capacità reale, e non meramente formale, di prevenire i comportamenti non voluti ("*vigila sul funzionamento*");
- L'effettività del Modello, cioè il suo riconosciuto valore normativo cogente nell'ambito della comunità aziendale (*"vigila sull'osservazione"*), che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concretamente tenuti ed il modello;
- L'aggiornamento del Modello, cioè il mantenimento nel tempo dei suddetti requisiti di efficacia, adeguatezza e effettività.

I COMPITI DELL'ODV

NORMA SPECIALE ART. 52 D.LGS. 231/07:

- **Vigilare** sull'osservanza delle norme previste nel Decreto Legislativo 231/2001 e **comunicare** ai soggetti indicati nella norma (ossia autorità di vigilanza del settore, titolare dell'attività o legale rappresentante, Ministero dell'economia e delle finanze) le violazioni di cui siano venuti a conoscenza.

È stata abolita con il decreto di recepimento della IV Direttiva antiriciclaggio, ossia il D. Lgs. 90/2017

I POTERI DELL'ODV

– Art. 6 comma 1, lett. b), D. Lgs. 231/2001

Per l'adempimento dei propri doveri di vigilanza l'OdV è dotato di autonomi poteri di:

- **Iniziativa**: formulazione di proposte, pareri, osservazioni, denunce dirette ad altri organi
- **Controllo**: verifica della conformità delle prassi aziendali alle prescrizioni del modello.

I POTERI DELL'ODV

Il perimetro entro il quale possono essere esercitati tali poteri, e quindi la sfera di autonomia dell'OdV, è definito dalla specifica funzione assegnata all'Organismo di Vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello e di cura del suo aggiornamento.

I **poteri di iniziativa** sono vincolati al dovere di sorveglianza e di aggiornamento del modello ed il **controllo** va inteso in termini esclusivi di potere/dovere di accertamento.
Tale potere di accertamento sarà generalmente e in assenza di motivi di particolare sospetto, un controllo a campione, dovendo diventare analitico e circostanziato solo nel caso in cui l'OdV venga a conoscenza di violazioni o carenze del modello.

I POTERI DELL'ODV

Generalmente sono ritenuti **estranei** alla natura e delle funzioni dell'OdV **poteri di intervento impeditivi** di comportamenti irregolari o illeciti e poteri disciplinari o sanzionatori diretti.

Laddove riscontri criticità e difetti del modello, l'OdV dovrà esercitare un'attività di proposta e di impulso, mentre spetterà esclusivamente all'organo gestorio deliberare e attuare i necessari correttivi.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

LE NORME CHE VENGONO IN RILIEVO

Art. 110 c.p. – Pena per coloro che concorrono nel reato

Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

Art. 40 c.p. – Rapporto di causalità

[…] *Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.*

Art. 113 c.p. – Cooperazione nel delitto colposo

Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pena stabilite per il delitto. […]

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE
(Minoritaria)

L'obbligo di corretta organizzazione dell'ente sarebbe idoneo a fondare una **posizione di garanzia** in capo ai componenti dell'OdV, finalizzata alla scoperta e all'impedimento dei reati, dal momento che essi sono titolari di funzioni direttive e di controllo.

Ciò sul presupposto che il **potere impeditivo** non implichi necessariamente la possibilità di incidere direttamente sulla sfera altrui, potendo essere esercitato anche mediante l'attivazione di una procedura.

Le problematiche relative all'ascrizione della responsabilità risiederanno in sede di accertamento del nesso di causalità omissivo e dell'elemento soggettivo.

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE
(Minoritaria)

Secondo altra dottrina (A. Gargani), la **macro-posizione di garanzia**, ossia l'obbligo "collettivo" di impedimento dell'attività criminosa in capo all'ente, non può non **trasmettersi** alla posizione giuridica delle persone fisiche, titolari di funzioni direttive e di controllo, in termini di incremento degli obblighi di agire penalmente sanzionati.
A livello pratico però sarà necessario verificare l'effettivo contributo sinergico apportato alla consumazione del reato.

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ODV

DOTTRINA CONTRARIA
(Maggioritaria)

L'obbligo di garanzia, in quanto attinente al precetto, richiede una **previsione formale espressa**.
Ma il legislatore, nel corpo del Decreto e in altre sedi, non ha mai espresso indicazioni in ordine all'eventuale obbligo giuridico dei componenti dell'OdV di impedire i reati presupposto (F. Centonze).
Né il modello organizzativo può costituire di per sé fonte dell'obbligo, stante il principio di riserva di legge (F. Giunta e C. Piergallini).

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ODV

DOTTRINA CONTRARIA
(Maggioritaria)

Secondo parte della dottrina (tra gli altri A. Alessandri, F. Centonze, C. Pedrazzi), l'insussistenza di una posizione di garanzia discende dal fatto che l'obbligo giuridico di cui all'art. 40 c.p. si fonda su **espliciti poteri-doveri impeditivi** e non su un generale dovere di sorveglianza.

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ODV

DOTTRINA CONTRARIA
(Maggioritaria)

Viceversa:

•L'OdV ha un **obbligo di sorveglianza** avente quale specifico oggetto la funzionalità del modello. Non è individuabile un obbligo di impedire le azione illecite altrui, ma solo un compito di controllo in ordine al funzionamento e all'osservanza del modello, nonché in ordine agli eventuali scostamenti comportamentali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni cui sono tenuti i responsabili delle varie funzioni.

•L'OdV **non ha poteri impeditivi**, tanto che non può nemmeno modificare di propria iniziativa i modelli esistenti, assolvendo un compito consultivo dell'organo dirigente, a cui solo compete il potere di modificarli.

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ODV

DOTTRINA CONTRARIA
(Maggioritaria)

Secondo altro orientamento dottrinale (F. Consulich), non sussiste in capo ai membri dell'OdV una posizione di garanzia in quanto difetta l'obbligo di impedire concreti episodi delittuosi.
L'OdV ha una finalità preventiva indiretta (C. Pedrazzi), ossia il compito di assicurare l'adeguatezza e l'effettività del modello organizzativo e non quello di prevenire singoli eventi illeciti.
In altre parole, l'OdV si rappresenta e gestisce rischi normativi per **classi di fattispecie astratte**, cui correlare cautele ad ampio spettro e propedeutiche a cautele più specifiche (F. Consulich).

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

Nel catalogo dei reati presupposto sono presenti alcuni reati colposi, ossia:

Art. 25-*Septies* - Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro

1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.
2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.
3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

Art. 25-*Undecies* - Reati ambientali

1. In relazione alla commissione dei reati previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per la violazione dell'articolo 452-bis, la sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote;

b) per la violazione dell'articolo 452-quater, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote;

c) **per la violazione dell'articolo 452-quinquies, la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote;**

d) per i delitti associativi aggravati ai sensi dell'articolo 452-octies, la sanzione pecuniaria da trecento a mille quote;

e) per il delitto di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività ai sensi dell'articolo 452-*sexies*, la sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote;

f) per la violazione dell'articolo 727-bis, la sanzione pecuniaria fino a duecentocinquanta quote;

g) per la violazione dell'articolo 733-bis, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a duecentocinquanta quote;

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

art. 452-*Quinquies* c.p. - Delitti colposi contro l'ambiente.
Se taluno dei fatti di cui agli articoli **452-bis** e **452-quater** è commesso per colpa, le pene previste dai medesimi articoli sono diminuite da un terzo a due terzi.
Se dalla commissione dei fatti di cui al comma precedente deriva il pericolo di inquinamento ambientale o di disastro ambientale le pene sono ulteriormente diminuite di un terzo.

Art. 452-*Bis* c.p. - Inquinamento ambientale.
È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili:
1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo;
2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna. Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.

art. 452-*Quater* c.p. - Disastro ambientale.
Fuori dai casi previsti dall'articolo 434, chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni. Costituiscono disastro ambientale alternativamente:
1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema;
2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali;
3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo.
Quando il disastro è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE

Rispetto alle fattispecie colpose presenti nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti, in dottrina è stata ipotizzata la responsabilità penale dei membri dell'OdV, come **cooperazione nel delitto colposo** *ex* art. 113 c.p., anche sulla scorta della casistica giurisprudenziale formatasi in merito ai componenti del Servizio di Prevenzione e Protezione, previsto dal D. Lgs. 626/1994.

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE

L'art. 113 c.p. consente di valorizzare in chiave imputativa la connessione di rischio tra la condotta colposa di colui che ha violato una **regola cautelare di secondo livello** e l'evento avverso realizzato dall'autore materiale.

Nel nostro contesto, caratterizzato dal totale abbattimento del principio di affidamento, l'art. 113 c.p. sanziona la violazione di un particolare dovere di condotta prudente, finalizzata alla neutralizzazione di un fattore di rischio generato dal comportamento di un altro soggetto (F.Consulich).

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE

Secondo la tesi sostenuta da Consulich, tenendo conto dei vincoli di condotta prudente, che dipendono dal ruolo e dalle aspettative di cui è destinatario l'OdV, è possibile rinvenire le seguenti **condizioni del contributo colposo dei membri dell'OdV**:

1.La **consapevolezza** dei componenti dell'OdV delle scelte aziendali di risparmio di impresa attraverso il contenimento dei costi mediante rimozione o mancata adozione dei presidi di sicurezza.

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE

2. È poi necessaria una successiva condotta, **in alternativa**:
   I. **Codeterminazione di una condizione di rischio favorente l'azione imprudente altrui**: valutazione incompleta della situazione di rischio e dell'adeguatezza del modello; monitoraggio inefficace del suo rispetto da parte di dipendenti e organi; reazione inadeguata di fronte alla violazione delle procedure; comunicazione incompleta agli organi competenti delle infrazioni al protocollo.
   II. **Asseverazione delle scelte aziendali** mediante una formalizzata accondiscendenza ad esse nelle relazioni e negli atti tipici dell'organismo, con l'effetto di rinforzare i propositi del management e, al contempo, di neutralizzare l'eventuale percezione del rischio da parte dei dipendenti.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

La dimensione strategica che **l'informazione** può avere in una struttura organizzativa fa sì che l'omessa comunicazione della stessa abbia la tipica valenza strumentale che denota i contributi dei correi tanto nel concorso di persone che nella cooperazione colposa. Si pensi alle informazioni che devono necessariamente circolare tra i responsabili della sicurezza aziendale e i membri dell'OdV in tema di disciplina antinfortunistica, ai sensi dell'art. 30 comma 1, lett. e) e g).

1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:
a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
d) alle attività di sorveglianza sanitaria;
e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;
g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE

Dal punto di vista soggettivo, il rimprovero dei membri dell'OdV, in quanto individui, non può basarsi sul canone della colpa di organizzazione valido per gli enti.

Rispetto alla persona fisica, il dovere di organizzazione è solo la premessa di una imputazione più complessa, che richiede altresì la correlazione tra le scelte organizzative gestionali e l'infortunio in termini di **specifica e individuale prevedibilità ed evitabilità**.

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA FAVOREVOLE

In merito ai componenti del Servizio di Prevenzione e Protezione, previsto dal D. Lgs. 626/1994, si è sostenuto che *"il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile a titolo di colpa professionale che può assumere un carattere addirittura esclusivo".*

Cass. Pen., Sez. IV, 23 aprile 2008, n. 25288

LA COOPERAZIONE COLPOSA DELL'ODV

DOTTRINA CONTRARIA

Attualmente non si rinviene dottrina rilevante che escluda la possibilità di configurare una responsabilità dell'OdV in termini di cooperazione colposa.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

LE LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA – PARTE GENERALE

«Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'Organismo di vigilanza sembra evincersi che ad esso siano devoluti compiti di controllo in ordine non alla realizzazione dei reati ma al funzionamento e all'osservanza del Modello […]*.*

Una diversa lettura, che attribuisse all'OdV compiti d'impedimento dei reati, mal si concilierebbe con la ***sostanziale assenza*** *di poteri impeditivi, giacché l'Organismo di vigilanza* ***non*** *può neppure modificare di propria iniziativa i modelli esistenti e assolve, invece, a un compito* ***consultivo*** *dell'organo dirigente. Peraltro, l'obbligo d'impedire la realizzazione di reati equivarrebbe ad attribuire compiti e doveri simili a quelli che, nel nostro ordinamento, ha la* ***polizia giudiziaria****.*

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

LE LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA – PARTE GENERALE

[…] *secondo l'opinione prevalente, l'obbligo di impedire la realizzazione dei reati* ***non è previsto*** *neanche in capo ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio che, a differenza dell'Organismo di vigilanza, hanno il dovere di segnalare all'Autorità giudiziaria i reati di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie attività.*

Tale situazione ***non muta con riferimento ai delitti colposi*** *realizzati con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente. Anche in questo caso l'Organismo di vigilanza non ha obblighi di controllo dell'attività, ma doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei modelli organizzativi a prevenire i reati».*

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 18168

Un'unica sentenza **ambigua** sembra dare per scontata la responsabilità dell'OdV, ma non enuncia alcun principio di diritto.

In merito ad un infortunio sul lavoro, da cui conseguivano lesioni gravissime, invalidità permanente e pericolo di vita, in fatto si legge:

"In particolare, per quanto riguarda l'odierno procedimento, si imputava ex art. 437 cod. pen. ai componenti del Consiglio di Amministrazione della "Fincantieri Cantieri Navali spa" di avere omesso di collocare apparecchi idonei al sollevamento dei materiali a mezzo gru o di averne messo in numero insufficiente, e segnatamente appositi accessori quali baie o ceste idonee al carico dei materiali sulla nave"

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 18168

"Inoltre si imputava ex art. 437 cod. pen. ai componenti dell'Organismo di Vigilanza di "Fincantieri Cantieri Navali spa" di avere omesso di segnalare al consiglio di amministrazione e ai direttori generali e di non aver preteso che si ponesse rimedio ad una serie di carenze in tema di prevenzione dagli infortuni che venivano segnalati nei report in tema di sicurezza all'interno del cantiere, i quali ripetevano da tempo la mancanza di impianti, apparecchi e segnali, ma che l'Organismo di Vigilanza avrebbe recepito passivamente, senza segnalare alcunché al datore di lavoro, e, al contempo, non approfondendo gli aspetti di gestione delle attrezzature di lavoro e l'utilizzo di apposi accessori quali baie o ceste."

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 18168

La Suprema Corte si pronuncia solo tangenzialmente circa la responsabilità dei membri dell'OdV, sottolineando la contraddizione del capo di imputazione laddove si contesta al Consiglio di Amministrazione una omissione dolosa di cautele ed all'Organismo di Vigilanza di non aver segnalato le carenze di sicurezza non consentendo l'attivazione del Consiglio di Amministrazione stesso.

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 18168

"Desta perplessità la configurazione di una responsabilità in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza basata sul non aver loro portato a conoscenza del Consiglio di Amministrazione le asserite manchevolezze che avrebbero afflitto i cantieri navali: le perplessità sono causate da una inevitabile contraddizione nella quale la ricostruzione della vicenda sembra avvilupparsi, poiché se - seguendo appunto l'ipotesi di accusa - i citati membri dell'Organismo di Vigilanza nulla avevano riferito ai membri del Consiglio di Amministrazione, è ben difficile ipotizzare una responsabilità in capo a questi ultimi per non avere adottato le cautele che le situazioni di pericolo avrebbero richiesto."

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 18168

"Parimenti, occorre prendere atto che il ricorso non precisa quali fossero la carenze e le manchevolezze che sarebbero state dolosamente ignorate dai membri dell'Organismo di Vigilanza: né, in particolare, il ricorso afferma che siffatte imprecisate manchevolezze avrebbero riguardato le ceste utili per la sollevazione dei tubi."

Cass. Pen., Sez. I, 20 ottobre 2016, n. 18168

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEI COMPONENTI DELL'ODV

Poiché il tema più rilevante è l'omissione da parte dell'OdV delle dovute segnalazioni all'organo gestorio, per prevenire una **responsabilità con riferimento ai reati colposi** sarà fondamentale segnalare qualsiasi situazione di rischio che sia venuta a conoscenza dell'OdV stesso.

Un'annotazione necessaria

N.B. le considerazioni svolte circa l'impossibilità di individuare una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV valgono solo per quei soggetti che non siano, al contempo, investiti di un'altra qualifica, la quale, invece, imponga doveri di impedimento di rilevanza penalistica.

Gli amministratori indipendenti ed i sindaci, ad esempio, sono soggetti anche a doveri inerenti alla propria carica e quindi ad **obblighi di garanzia**.

Il problema del posizionamento dell'OdV nel caos dei controlli societari

Funzioni di controllo societario sono svolte dai seguenti organi:

- I classici organi di controllo (il collegio sindacale nel sistema tradizionale);
- L'Audit Committe o comitato di controllo interno;
- La funzione di internal auditing e relativo responsabile;
- La funzione di compliance o controllo di conformità alle norme;
- Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili;
- Il risk manager;
- Il responsabile del controllo di gestione;
- Il responsabile della privacy;
- L'R.S.P.P. in materia antinfortunistica;
- Il responsabile della prevenzione della corruzione *ex* L. 190/2012.

Il problema del posizionamento dell'OdV nel caos dei controlli societari

In materia di coincidenza tra funzioni, il D. Lgs. 231/2001 prevede che:

D. LGS. 231/2001

Art. 4
Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

Art. 4 *bis.*
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 di cui al comma 1, lettera b).

Il problema del posizionamento dell'OdV nel caos dei controlli societari

Le **Linee Guida di Confindustria - Parte Speciale** (in riferimento al reato di false comunicazioni sociali), prevedono che è necessario effettuare almeno una riunione tra:

-la società di certificazione;

-il Collegio Sindacale;

-il Comitato per il Controllo e Rischi (ove esistente);

-l'OdV.

prima della seduta del Consiglio di Amministrazione indetta per l'approvazione del bilancio, che abbia ad oggetto tale documento, da documentarsi mediante verbale.

Un'annotazione necessaria

Nonostante queste previsioni, secondo la dottrina, i sindaci non dovrebbero essere membri dell'OdV, in quanto entrando nell'OdV si *trascinerebbero* dietro la propria responsabilità di sindaco, creando una confusione fra competenze e funzioni geneticamente differenti.

Se, infatti, uno di essi, *in quanto* membro dell'OdV, fosse destinatario di una segnalazione relativa ad un illecito *in fieri,* dovrebbe attivarsi con i poteri inerenti alla sua diversa carica.

ELUSIONE FRAUDOLENTA E DIFETTO DI VIGILANZA

ELUSIONE FRAUDOLENTA E DIFETTO DI VIGILANZA

In caso di reato commesso da **apicali,** l'ente non risponde se prova che:

- l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, **modelli di organizzazione e di gestione** idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e il compito di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo **(OdV)**;
- le persone hanno commesso il reato **eludendo fraudolentemente** i modelli di organizzazione e di gestione;
- L'OdV ha esercitato una **vigilanza non insufficiente**.

ELUSIONE FRAUDOLENTA E DIFETTO DI VIGILANZA

In caso di reato presupposto commesso da **sottoposti,** l'ente non risponde se prova:

- l'adozione e l'attuazione di un **modello idoneo**.

ELUSIONE FRAUDOLENTA E DIFETTO DI VIGILANZA

In ogni caso, l'ente **non** è responsabile (escludendo l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza) se:

- l'autore del reato ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5 c. 3);
- volutamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento (art. 26 c. 2).

Elusione fraudolenta del modello: che cosa è?

La formula utilizzata dal legislatore è indubbiamente pregnante e in sé non equivoca.

La sua declinazione, tuttavia, è passibile di un duplice percorso, nella specie riferendo in alternativa il predicato «di fraudolenza»

1) alle modalità della condotta (per dirla come Pedrazzi, i «mezzi»)

2) all'intenzione dell'agente (il suo «dolo»)

Elusione fraudolenta del modello: che cosa è?

1. La prima opzione comporta, un notevolissimo impegno accertativo, essendo necessario provare:

I. l'esistenza di concreti comportamenti specificamente orientati all'elusione del modello organizzativo, diversi dalla condotta delittuosa tipica;

II. il nesso di causalità fra condotta elusiva e neutralizzazione del presidio cautelare.

2. La seconda opzione, limita l'*onus probandi* del giudice alla sola:

I. intenzionalità/conscietà dell'elusione di un modello valido da parte dell'autore del reato-presupposto, circoscrivendo la prova alla presenza di un dolo intenzionale/diretto non solo del fatto reato, ma anche dell'inosservanza di un modello che lo vincolava.

Problematiche:

La disciplina in materia di elusione fraudolenta del sistema pone le seguenti criticità:

- applicabilità rispetto ai **reati colposi**. Si deve, in questa ipotesi, prescindere dal presupposto dell'elusione fraudolenta?
- difficoltà di dimostrare l'elusione fraudolenta
- coordinamento con i **criteri di imputazione oggettiva** (art. 5 c. 1 e 2). Le lett. c) e d) dell'art. 6 sembrano riferirsi ad una situazione di improvvisa e fraudolenta deviazione, da parte dell'apicale, dai virtuosi *standard* comportamentali dell'ente, situazione potenzialmente indicativa di un agire nell'interesse proprio o di terzi o, finanche, al fine di recare danno all'ente.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

La giurisprudenza, ancora una volta in modo ambiguo, traccia un'evoluzione che pare voler incardinare una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV

Il caso IMPREGILO S.p.A.

P.S. (quale Presidente del C.d.A.) e P.R. (quale A.D. di I. S.p.A.), venivano accusati di aver diffuso notizie false concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del valore delle azioni I. e delle obbligazioni emesse da società del Gruppo (art. 2637 c.c., *Aggiottaggio).*

I. S.p.A. viene a sua volta imputata dell'illecito amministrativo dipendente dai reati di false comunicazioni sociali e aggiotaggio, essendosi avvantaggiata dei reati commessi.

Secondo l'accusa Impregilo aveva predisposto e attivato un modello organizzativo non idoneo a prevenire i reati suddetti.

Il caso IMPREGILO S.p.A.

LA SENTENZA DEL G.U.P. DI MILANO

In punto di dimostrazione dell'**elusione fraudolenta**, il giudice si era limitato a rilevare che il requisito nel caso di specie sussisteva perché gli apicali non avevano rispettato i *diktat* del modello adottato dall'ente.

Interpretazione soggettivistica del criterio esimente in parola

Il caso IMPREGILO S.p.A.

SENTENZA DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO

La Corte d'Appello conferma l'assoluzione del G.u.p. di Milano, che riconosce l'esimente in materia di adozione del modello organizzativo ai sensi del D. lgs. 231/01.

Secondo la Corte d'Appello, il presidente del C.d.A. e l'A.D. avevano dolosamente manipolato i dati elaborati dagli uffici competenti per poi inserirli nel comunicato stampa, in modo da renderli sufficienti per il mercato.

Interpretazione soggettivistica del criterio esimente in parola

Il caso IMPREGILO S.p.A.

SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La sentenza del G.U.P., confermata in Corte d'Appello, è stata smentita nelle sue premesse e nei suoi postulati dalla Corte di Cassazione, ritenendo che non vi è stata fraudolenta elusione – evidentemente – in riferimento alla modalità della condotta.

Interpretazione oggettivistica del criterio esimente in parola

Il caso IMPREGILO S.p.A.

SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

"La sentenza impugnata sembra ravvisare la condotta fraudolenta nella semplice alterazione/sostituzione dei contenuti della bozza (n.d.r. del comunicato stampa) *elaborata dagli organi interni di I. S.p.A.. Se così stanno le cose, si deve giungere alla conclusione che ci si trovi in presenza di un abuso (cioè dell'uso distorto di un potere), non di un inganno (vale a dire di una condotta fraudolenta)."*

Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677

Il caso IMPREGILO S.p.A.

SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Per quanto riguarda **l'adeguatezza del Modello**, la Corte ha reputato carente di autonomi ed effettivi poteri di controllo un OdV monopersonale ed affidato a un membro dell'internal audit, come tale posto alle dirette dipendenze degli amministratori.

Il deficit colposo di organizzazione risiede anche nell'eccessiva libertà di manovra finale circa l'iter formativo dell'atto di comunicazione al mercato del legale rappresentante.

Il caso IMPREGILO S.p.A.

SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Infatti tale OdV era sguarnito della potestà di esaminare il testo definitivo del messaggio da comunicare al pubblico, per rendere, se del caso, manifesta la propria contrarietà al suo contenuto, con una dissenting opinion in grado di mettere in allarme i destinatari circa condotte dei vertici sintomatiche di un reato.

La Cassazione assume la necessità di conferire all'OdV poteri che lo renderebbero di fatto partecipe dei **processi decisionali sensibili**, investendolo di una funzione di controllo di legalità degli atti di gestione dell'organo amministrativo, ma anche di tutela di interessi esterni alla società, come quelli dei risparmiatori.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE